

المؤسَّسَةُ العِصْرِيَّةُ
فِي
الْفَقْهِ الجَبَّارِيِّ السَّالِمِيِّ

الطبعة الأولى

١٤٢١هـ - ٢٠٠١م

جميع حقوق الطبع محفوظة

© دار الشروقة

أسسها محمد العتوم عام ١٩٦٨

القاهرة: ٨ شارع سيديويه المصري -
رابعة العدوية - مدينة نصر
ص.ب: ٣٣ البانوراما - تليفون: ٤٠٢٣٣٩٩
فاكس: ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
البريد الإلكتروني: email: dar@shorouk.com.

الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي



كتاب عبد القادر عودة

مع تعليقات آية الله السيد إسماعيل الصدر
وآراء للدكتور توفيق الشاوي والمشاركين

الجزء الثاني من المجلد الأول
من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي

مركز السنهوري

دار الشروق

مقدمة

هذا الجزء الثاني من المجلد الأول هو أكبر أجزاء هذا المجلد من حيث عدد صفحاته.
من أسباب تضخمه ما يلي :

١ - يقابله في كتاب التشريع الجنائي ١٩١ بندا (من ٨٢ : ٢٧٢) المخصصة للركن الشرعي والركن المادي للجريمة .

٢ - أضفنا له بحثين تكميليين :

الأول خاص بالإجماع (في نهاية الفرع الثالث من المبحث الثاني الخاص بمصادر التشريع الجنائي) بعد حاشية البند ١٣٤، ويتكون من ٦ صفحات. وقد عرضنا فيه رأينا في تعدد صور الإجماع ودوره الأساسي في إعطاء القوة التنفيذية لما يسميه فقهاؤنا سند الإجماع، بقصد توحيد القضاء وحمايته من مخاطر تعارض الأحكام بسبب ما تتميز به شريعتنا من تعدد المذاهب واختلاف الآراء في داخل كل مذهب .

أما المبحث الإضافي الثاني، فهو في نهاية الركن الشرعي بعد (حاشية البند ٢٤٦) وعنوانه : "الأصول الشرعية تلي المصادر في الأهمية، ودورها في تجديد الفقه عموما والفقه الجنائي خاصة" .

وفي هذا البحث المطول (الذي اشتمل على ٢٢ صفحة) عرضنا رأينا الذي سبق أن أشرنا إليه في بحثنا الإضافي بالجزء الأول. وقلنا فيه إن النظريات التي عرضها فقيها (في البنود ٢١ : ٣٧ من التمهيد لدراسته) تُعدّ في نظرنا أصولا تشريعية، وإن علينا أن نتابع نهجه في استنباط أصول تشريعية تفيدنا في تقنين التعازير بدلا من تركها لاجتهادات القضاة كما فعل أسلافنا، لأن قضاةم كانوا مجتهدين في حين أن قضائنا مقلدون فقط .

لقد بينا أن هذه النظريات التي درسها فقيها هي في نظرنا بداية عصر جديد للتوسع في دراسة أصول الشريعة التي كان البعض يَعدّونها محدّدة في نطاق أصول الفقه، في حين أنه ليس إلا مكملًا لأصول شريعتنا، وأن استنباط هذه الأصول الشرعية ليس إلا توسعا في القياس الذي بدأه أسلافنا وعدّوه شاملا لجميع صور الاجتهاد .

٣ - أننا توسعنا في الحواشي على بعض البنود، لمناقشة آراء فقيها وتقديم أفكار تخالف ما توصل إليه، وخاصة فيما يلي :

أ (حاشيتنا على البنود ٩١-٩٣ الخاصة بتطبيق مبدأ الشرعية في الحدود والتعازير.

ب) حاشيتنا على البنود ١٠٢-١٠٩ بشأن التعزير العقابي والتعزير الوقائي.

ج) حاشيتنا على البندين ١٢٩، ١٣٠ عن دور الإجماع في تقنين الأحكام .
د) حاشيتنا على البنود ١٩١ - ١٩٥ توسعنا فيها في بيان أسباب عدم تأييدنا
للتناج التي توصل إليها بشأن دعوته للقاضي أن يطبق الأحكام الشرعية بدلا من
الأحكام الوضعية كلما وجد تعارض بينهما.
هـ) حاشيتنا على البنود ٢٠٠ - ٢٠٣ عرضنا فيها وجوب إنشاء مجلس لأهل
الاجتهاد نتيجة لمرحلة المؤسسات في التشريع الجنائي .
و) حاشيتنا على البنود من ٢٠٩ - ٢١٢ حيث بينا معارضتنا تجاهل دار العهد
وعدم موافقتنا على الاكتفاء بدار السلام ودار الحرب .
ز) حاشيتنا على البنود ٢٣٠ - ٢٣٢ لتأكيد أن الدمين مواطنون، لأن الجنسية
علاقة سياسية وليست علاقة عقيدية .
هذه مجرد نماذج مما تضمنه هذا الجزء من اختلاف في الرأي بيني وبين فقيهنا .
وسيجد الباحث أنه يوجد مواضع أخرى كثيرة من هذا النوع. وقد أشرنا إلى أن سبب
هذه الخلافات هو حرص فقيهنا على أمرين :
١ - عرض فقه السلف كما هو دون فتح الباب لما يقتضيه العصر من تعديل
وتصحيح وتجديد .
٢ - حرصه على التقريب بين أحكام الفقه وأحكام القوانين الوضعية الحالية،
وبخاصة القانون المصري الذي درسه وعمل في تطبيقه .
أما نحن فقد قررنا أن نقدم ما نراه من آراء، حتى ولو كانت تتجاوز فقه أسلافنا،
أو تبعدنا عن أحكام القوانين الوضعية التي بينا من قبل أن خصائص شريعتنا تميزها عنها.
وليس من حقنا أن نتجاهل هذه الخصائص المميزة من أجل التقريب بين أحكام فقهنا
وأحكام القوانين الوضعية المعرضة للتغيير والتبديل كما نراه الآن

الجزء الثاني من المجلد الأول الأركان العامة للجريمة

٨٣ - أركان الجريمة : قلنا في تعريف الجريمة : إن الجرائم محظورات شرعية-١- زجر الله عنها بحد أو بتعزير، وإن المحظورات هي: إما إتيان فعل منهي عنه، وإما ترك فعل مأمور به. وقلنا : إن المحظورات وصفت بأنها شرعية؛ لأنها يجب أن تكون محظورة بنصوص الشرعية، وإن الفعل أو الترك لا يُعد بذاته جريمة إلا إذا كان معاقبا عليه. ولما كانت الأوامر والنواهي تكاليف شرعية، فإنها لا توجه إلا لكل عاقل فاهم التكليف، إذ التكليف خطاب،-٢- وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال كالجماجم والبهيمة. ومن استطاع أن يفهم أصل الخطاب ولا يفهم تفاصيله من كونه أمرا أو نهيا، ومقتضيا للثواب والعقاب، كالجنون والصبي-٣- الذي لا يميز، فهو في عجزه عن فهم

تعليق "رقم-١-": مر عليك قريبا أن الجرائم تصدق على المحظورات الشرعية وعلى غيرها. رأينا في "تعليق-١-": يشير إلى أن مخالفة الأوامر الصادرة من ولي الأمر الشرعي يمكن أن تكون جريمة تستحق التعزير، فالخطر هنا صادر من ولي الأمر لا من نص شرعي....

تعليق "رقم-٢-": ليس التكليف هو الخطاب، بل التكليف قد يستفاد من الخطاب ويكون مدلولاً له كما في الأوامر والنواهي المشتقة على أدوات الخطاب، كقوله ﷻ : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْتَعِينُوا بِالصَّبْرِ وَالصَّلَاةِ﴾ [البقرة: ١٥٣]. وقد يستفاد من غيره ولا يكون مدلولاً له كما في قوله ﷻ : ﴿الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِالْغَيْبِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ﴾ [البقرة: ٢]. وكما يستحيل خطاب من لا عقل له ولا فهم، كذلك يستحيل تكليفه، وإن لم يكن التكليف بأدوات الخطاب، إذ كيف يكلف من لا يعقل ولا يفهم وما هو إلا كالبهيمة أو الجماد؟....

رأينا في "تعليق-٢-": يشير إلى أن التكليف لا يستفاد من الخطاب فقط، لأن التكليف قد يكون في صيغة الخبر، كما في الآية (٢) من سورة البقرة....

تعليق "رقم-٣-": من البديهي أن بعض أفراد الصبيان إذا بلغ سنهم قريب البلوغ يمكنهم فهم تفاصيل الخطاب، ولكن التكليف لا يتوجه إليهم للدليل الشرعي الحاكم برفع القلم عن الصبي مطلقاً، من بلغ هذه الدرجة من الإدراك ومن لم يبلغها، ولعل الحكمة في ذلك أن الغالب من الصبيان عدم فهم تفاصيل الخطاب، ولم يمكن التفريق بينهم برفع القلم عن جميعهم... =

عوده كالجناد والبهيمة في العجز عن فهم أصل الخطاب، ومن ثم يتعذر تكليفه؛ لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو يتوقف أيضا على فهم تفاصيله^(١).

ويتبين مما سبق أن للجريمة بصفة عامة أركاناً لا بد من توافرها، وهذه الأركان ثلاثة: (١) يكون هناك نص-٤- يحظر الجريمة ويعاقب عليها، وهو ما نسميه اليوم في اصطلاحنا القانوني بالركن الشرعي للجريمة ... (٢) إتيان العمل المكون للجريمة سواء كان فعلاً أو امتناعاً، وهذا ما نسميه في اصطلاحنا القانوني بالركن المادي للجريمة ...

(٣) أن يكون الجاني مكلفاً، أي مسئولاً عن الجريمة، وهذا ما نسميه اليوم بالركن الأدبي... هذه هي الأركان العامة التي يجب توافرها بصفة عامة في كل جريمة. ولكن توافرها هذه الأركان العامة لا يغني عن وجوب توافر الأركان الخاصة لكل جريمة على حدة حتى

= **الشاوي** رأينا في "تعليق-٣-": يشير إلى أن عدم مسئولية الصبيان قبل البلوغ أساسها وجود نص بأن التكليف مرفوع عن الصبي، لكن هذا لا يمنع أن علة النص هي عدم توافر الفهم الكافي لديهم أو لدى أغلبهم....

الصدر تعليق "رقم-٤-": لا يتوقف صدق الجريمة على وجود نص لفظي يدل على حرمتها، بل يثبت كونها جريمة ولو لم يكن الدليل على حرمتها النص اللفظي، بل يثبت كون ارتكاب الفعل جريمة ولو كان الدليل على حرمة غير لفظي... كالإجماع مثلاً. كما لا يتوقف صدق الجريمة على تصريح الشارع بالعقاب عليها، بل تثبت الجريمة بمجرد ثبوت حرمتها بأي دليل كان....

الشاوي رأينا في "تعليق-٤-": يشير إلى أن وجود الجريمة لا يرتبط دائماً بنص شرعي، ونحن نوافق على أن الجريمة يمكن وجودها بدليل غير لفظي، وكذلك الأمر في التكليف لأن جميع الأحكام الشرعية لا يمكن أن تستمد مباشرة من النصوص، وإنما يجب في نظرنا استنباطها من المبادئ العليا ومقاصد الشريعة التي تقوم عليها "النظريات الشرعية"، وأهمية النصوص إنما تشير إلى تلك المبادئ والنظريات سواء بتطبيقها أو بإدخال بعض الاستثناءات عليها... ويسرنا أنه ذكر الإجماع أحد مصادر الأحكام التكليفية، وإن كان له تعليل خاص لا نوافق عليه، وسنعود لذلك عند مناقشة تعليقه رقمي (٩٤، ٩٥) فيما بعد...

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ص / ٢١٥ جزء أول، المستصفى للغزالي جزء أول ص / ٨٣....

عوده

العقاب عليها، كركن الأخذ خفية في السرقة، وركن الوطء في جريمة الزنا، وغير ذلك من الأركان الخاصة التي تقوم عليها الجرائم المعينة بذواتها ... والفرق بين أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة: أن الأركان العامة واحدة في كل جريمة، بينما الأركان الخاصة تختلف في عددها ونوعها باختلاف الجريمة. وقد جرى الفقهاء الإسلاميون على بحث أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة بمناسبة بحث كل جريمة، ولكننا رأينا مجازة للتطور الحديث في التأليف أن تبحث الأركان العامة في القسم الجنائي العام، وأن تترك بحث الأركان الخاصة للقسم الجنائي الخاص الذي يتناول الكلام على الجرائم واحدة بعد واحدة بصفة خاصة ...

التعريف الذي توصل إليه أسلافنا من الفقهاء والعلماء، أهم ما يميزه عن تعريفات الشراح الوضعيين (المعاصرين) هو ربط التجريم وتوقفه على النصوص الشرعية المتعلقة بالأوامر والنواهي والتحريم والتحليل، والتي توصف عادة بأنها أحكام "تكليفية".

إن شريعتنا ليست مجرد نصوص آمرة محددة للجرائم وعقوباتها كما هو شأن القانون الجنائي الوضعي (الحديث)، بل إنما قبل ذلك تخاطب "المكلف" بأوامر ونواه عليه أن يلتزم بها، ويحاسب على ذلك أمام الله في اليوم الآخر بعد البعث والنشور.

إن الحساب الأخروي أمر تختص به الشرائع الدينية، وآخرها وأكملها شريعتنا الغراء، وينبغي على كل دارس، بل على كل "مكلف" أن يلتزم بذلك أمام الله الخالق البارئ المصور ﴿مالك يوم الدين﴾ الذي يحاسب الجميع في الدار الآخرة.

لهذا فإن الركن الشرعي عندنا أعمق وأوسع نطاقاً وأكثر أهمية منه في القوانين الوضعية لأنه يربط العقاب الديني بالحساب الإلهي وبعقيدة التوحيد والبعث والنشور.

ويتبع ذلك أهمية خاصة للمخاطب بالأحكام الشرعية كلها ومنها أحكام التجريم والعقاب والمستولية، فالمستول عندنا هو المكلف الذي تشترط فيه جميع "شروط التكليف"، أي المسؤولية الدينية والإنسانية عن مدى طاعته للأوامر "التكليفية".

إن شريعتنا تبدأ أولاً بالتكليف قبل أن تقرر الجزاء والعقاب، فالقرآن الكريم يخاطب عقيدة المكلف وعقله وإرادته. فمثلاً، قبل أن يفرض عليه العقاب في جريمة الزنا يقول لنا: ﴿ولا تقرّبوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً﴾ [الإسراء: ٣٢]، وقبل أن يعاقبنا على الخمر والميسر يقول: ﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما﴾ [البقرة: ٢١٩]. و﴿إن الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه...﴾ [المائدة: ٩٠] ..

أما القانون الوضعي فيبدأ بتجريم فعل وفرض عقوبته، وعلى الناس أن تطيع حتى لا تتعرض للعقاب المقرر في القانون. ومن المؤكد أن نسبة كبيرة قد تصل إلى تسعين في المائة من مرتكبي الجرائم يُقَدِّمُونَ عليها وعندهم أمل كبير في الهروب من الجزاء القضائي الجنائي ...

ولهذا تزداد الجرائم لأن من يرتكبونها يقلت أكثرهم فعلا من العقوبة الدنيوية ... يُقصد بالأركان العامة القواعد التي تسرى على جميع الجرائم فيما يتعلق بأحكام الركن الشرعي والركن الأدبي (أى القصد الجنائي أو الخطأ وشروط المسؤولية الجنائية). سوف يضاف إلى ذلك (في دراسة القسم الخاص) أن لكل جريمة أحكاما خاصة بها تتعلق بالركن المادى، أى الفعل المكون لها - والركن الأدبي - إن كان عمدا أو مجرد خطأ. هناك موضوعان فقط يدرسان دراسة كاملة في نطاق القسم العام - وهما: - الركن الشرعي، ويُقصد به المصادر الشرعية التي تحرم الفعل وتجرمه وتعاقد عليه جنائيا، وكل ما يتعلق بهذه الناحية التشريعية .

- الركن الأدبي أو المعنوي أو الشخصى - الذى يُقصد به شروط مسؤولية مرتكب الجريمة وكل ما يتعلق بها من أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع العقاب. والحق أن الركن الشرعي موضعه الأساسى هو ما يسمى بعلم أصول الفقه، وكل ما يرد هنا يرجع بشأنه إلى ذلك العلم المعروف إذا أردنا التوسع فيه .

أما الركن المعنوي فموضوعه هو نظرية المسؤولية الجنائية، ويتصل بها ما يسمى الآن علم الاجتماع الجنائي، وكان يمكن أن يُفرد له دراسة مستقلة بعنوان "نظرية المسؤولية الجنائية" أو دراسة المجرم - بعد دراسة الجريمة وقيل دراسة العقوبة - لكنه أثر دراسته بحسبانها جزءا من دراسة أحد الأركان العامة للجريمة، هو الركن المعنوي أو الركن الأدبي⁽¹⁾. وقد ترتب على ذلك تضخم القسم الثانى من الكتاب الأول بعنوان "أركان الجريمة" (إذ يضم البنود من 83 إلى 436 ومقدارها 354 بندا) - مقارنا بالقسم الأول (من هذا الكتاب الأول) الذى يحتوى على (44) بندا فقط (من 40 إلى 83) بل ومقارنا بالكتاب الثانى كله بجميع أبوابه وفصوله ويضم واحدا ومائة بند فقط (من رقم 437 إلى 537) .

(1) البنود 273 إلى 436 .

الباب الأول

الركن الشرعي للجريمة

٨٤ - توجب الشريعة لئُعد الفعل جريمة أن يكون هناك نص - هـ - يحرم هذا الفعل، ويعاقب على إتيانه، وهذا هو ما نسميه اليوم الركن الشرعي للجريمة ...
ووجود النص المحرم للفعل المعاقب عليه لا يكفي بذاته للعقاب على كل فعل وقع في أى وقت وفي أى مكان ومن أى شخص، وإنما يشترط للعقاب على الفعل المحرم أن يكون النص الذي حرّمه نافذ المفعول وقت اقتراف الفعل، وأن يكون ساريا على المكان الذي اقترف فيه الفعل وعلى الشخص الذي اقترفه. فإذا تخلف شرط من هذه الشروط امتنع العقاب على الفعل المحرم ...
فالكلام على الركن الشرعي يقتضي بحث الموضوعات الآتية، وسنخصص لكل منها فصلا خاصا:

- (١) النصوص المقررة للجرائم والعقوبات، أي الأحكام الجنائية الشرعية ..
- (٢) سريان النصوص الجنائية على الزمان ...
- (٣) سريان النصوص الجنائية على المكان ...
- (٤) سريان النصوص الجنائية على الأشخاص ...

تعليق "رقم-هـ-": مر عليك قريبا عدم توقف كون الفعل جريمة على كون الدليل على حرمته نصا شرعيا مشتملا على بيان العقاب عليه ...

أرأينا في "تعليق-هـ-": يتفق قوله مع ما قدمناه فيما سبق من ضرورة التقنين فقها في التعازير مع تذكرنا على أن الأصل في الجرائم هي التعازير، أما الحدود والقصاص فأحكامهما استثنائية تنحصر في النصوص الشرعية في الكتاب والسنة، وأن تفسر النصوص تفسيرا ضيقا لا توسع فيه..

عنى الفقيه الشهيد بدراسة الركن الشرعي للجرائم عناية خاصة سوف تقدرها له الأجيال القادمة، وسنكون نحن أول من يستفيد منها .

المبدأ العام، هو أن الشريعة تُوجب كى يُعَدَّ الفعل جريمة أن يكون هناك نص يُحرِّم الفعل ويُعاقب عليه، وأن يكون هذا النص نافذ المفعول وقت ارتكاب الفعل⁽¹⁾، أى أن يكون سابقاً على وقوع الفعل المخرم والمعاقب عليه . وسبب ذلك أن أساس توقيع العقوبة على مرتكب فعل محرم هو افتراض علمه بهذا التحريم .

وإذا كان التحريم والعلم كالمبين للمستولية يوم الحساب أمام الله سبحانه وتعالى، فإن ذلك لا يكفى لتوقيع عقوبة أو جزاء جنائى إلا إذا وجد نص سابق يفرض العقاب الجنائى ويحدده .

ومن رحمة الله سبحانه بعباده، ومن أهم مبادئ شريعتنا الإلهية أن افتراض علم المكلف يسبقه فرض "العلم" على الناس، فواجبهم أن يتعلموا ليُعلموا ما هم مكلفون به وما هم معرضون له من جزاء دنيوى وآخرى على الفعل المخرم .

ولا تكفى شريعتنا بجعل "العلم" فريضة على كل مكلف "مسلم ومسلمة"، بل إنما تسهّل له أسباب هذا العلم، ولهذا نزل القرآن الكريم وفرض على الناس تلاوته وفهمه بل وحفظه لكى يعرفوا منه أصول التكليف الشرعية .

وكلما تقدم الزمن وتعمّدت أمور العيش، زاد واجب العلماء فى تسهيل مهمة "العلم" بالتكليف والجزاءات الشرعية، ولذلك حرصنا منذ بداية البحث على القول بأن التقنين الشرعى أصبح من أول واجبات الفقهاء والعلماء وأهل الاجتهاد ليكون الركن الشرعى مبنياً على نصوص فقهية متجددة مكملية للنصوص الأساسية فى الكتاب والسنة .

(1) لقد خصص لهذا الركن جزءاً كبيراً من مجهوده فى دراسة القسم العام للجرائم، فاستغرق من كتابه مائة وأربعة وستين بنداً .

الفصل الأول

النصوص المقررة للجرائم والعقوبات

أي الأحكام الجنائية الشرعية

٨٥- الكلام على الأحكام الجنائية الشرعية يقتضى الكلام على : عوده (أولاً) : الأحكام وأثرها في الجريمة والعقوبة. (ثانياً) : أدلة الأحكام الجنائية الشرعية، أى مصادر التشريع الجنائي. (ثالثاً) : تفسير الأحكام الجنائية. (رابعاً) : تعارض الأحكام، أى النصوص ونسخها وبطلانها. (خامساً) : علاقة الأحكام الشرعية بالأحكام القانونية. وسنخصص لكل واحد من هذه الموضوعات بحثاً خاصاً ...

المبحث الأول

في الأحكام الجنائية الشرعية وأثرها في الجريمة والعقوبة

٨٦- تمهيد : يقسم الفقهاء الأحكام الشرعية إلى نوعين : أحكام تكليفية، وأحكام وضعية. فالحكم التكليفي هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف، أو كفه عن فعل، أو تخيره بين فعل والكف عنه.^(١) ويسمى هذا الفعل تكليفاً، لأنه يتضمن إلزام المكلف بإتيان فعل، مثل قوله ﷺ : «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» [النساء: ٥٨]. أو إلزام المكلف الكف عن فعل، مثل قوله ﷺ : «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ» [الإسراء: ٣٣]. وقوله ﷺ : «وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا» [الإسراء: ٣٢]. أو تخيير المكلف في إتيان الفعل والكف عنه، مثل قوله ﷺ : «وَإِذَا حُلِلْتُمْ فَاصْطَادُوا» [المائدة: ٢]. وقوله ﷺ : «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا» [الإسراء: ٣٣] ...

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي الجزء الأول ص/ ١٨١ وما بعدها، المستقصى للفرزلى الجزء الأول ص/ ٦٥ وما بعدها، أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص/ ٧٤ ...

عزده

والحكم الوضعي هو ما يقتضى جعل شيء سببا لشيء - ٦ - أو شرطاً له أو مانعاً منه. وسمي الحكم وضعياً لأنه يقتضى :

(١) وضع أسباب لمسيبات كقوله ﷺ : «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» [المائدة: ٣٨]. وقوله ﷺ : «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة» [النور: ٢]. فقد اقتضى الحكم الأول جعل السرقة سبباً في قطع يد السارق، واقتضى الحكم الثاني جعل الزنا سبباً لجلد الزاني ...

(٢) أو يقتضى وضع شروط لمشروطات كقوله ﷺ : «لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون» [النور: ١٣] ... فهذا الحكم يقتضى اشتراط أربعة شهود لإثبات جريمة الزنا. ومثل قول الرسول ﷺ : "لا قطع إلا في ربع دينار". فهذا الحكم يشترط لقطع يد السارق أن تبلغ قيمة المسروق ربع دينار فأكثر ...

(٣) أو يقتضى وضع موانع من أحكام، مثل قول الرسول ﷺ : "لا قطع في ثمر معلق". فهذا الحكم يقتضى جعل تعليق الثمر، أي عدم حصد الحاصلات والثمار، مانعاً من القطع في سرقته. ومثل قوله ﷺ : "لا ميراث لقاتل". فهذا الحكم يقتضى جعل القتل الحاصل من الوارث مانعاً له من الإرث (١) ...

الصدر

تعليق "وقم-٦-": اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفري في الحكم الوضعي وتعريفه وتحديدته، والرأى الراجح هو أن الحكم الوضعي هو كل حكم ليس بتكليفي لا يختص بالمراد التي ذكرها المصنف .

الشاوي

وأينا في "تعليق-٦-": إننا نطبق تماماً مع السيد الصدر في تعريفه للحكم الوضعي بأنه كل حكم ليس بتكليفي، ولا يمكن حصر حالاته ...

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي الجزء الأول ص: ٨١ وما بعدها، المستصفى الجزء الأول ص: ٩٣، أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص: ٧٤ وما بعدها .

عوده

والفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي يظهر من وجهين: أولهما: أن الحكم التكليفي يقصد به طلب فعل أو الكف عنه، أو التخيير بين إتيان الفعل وتركه. أما الحكم الوضعي، فلا يقصد به طلب ولا كف ولا تخيير، ولكن المقصود منه بيان الأسباب والشروط والموانع. ثانيهما: أن الحكم التكليفي يكون دائما في مقدور المكلف، فيستطيع أن يفعله أو يتركه إن شاء، أما الحكم الوضعي فقد يكون أمرا في مقدور المكلف، وقد لا يكون في مقدوره ...

وينبغي أن نلاحظ أن النص الواحد قد يشمل على حكم تكليفي وحكم وضعي في آن واحد، ومثل ذلك قوله ﷺ: ﴿وَالسَّارِقُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾. فهذا النص يشمل على حكم تكليفي هو طلب الكف عن السرقة، ويشمل في الوقت نفسه على حكم وضعي هو جعل السرقة سببا في قطع يد السارق.

وليس يهمننا فيما يتعلق بالنص على الجريمة إلا الحكم التكليفي المقتضى طلب فعل من المكلف أو كفه عن فعل. أما الأحكام التكليفية المخيرة، فلا يعاقب على تركها أو إتيانها، ولا يُعَدُّ إتيانها أو تركها جرعة على الرأي الراجح. ولها يتعلق بالنص على العقوبة، فيهمنا الحكم الوضعي سواء كان سببا أو شرطا أو مانعا لأنه يبين العقوبة وأسبابها وشروطها وموانعها -٧- ...

الصلبر

تعليق "رقم-٧-": مر عليك قريبا عدم اختصاص الحكم الوضعي بهذه الموارد، بل هو كل حكم ليس بتكليفي، سواء كان لبيان الأسباب والشروط والموانع أم لبيان أمر آخر، كقوله ﷺ: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣]، فإن هذه الآية المباركة وردت لإعطاء صفة الحجية لكلام أهل الذكر، وكآلية الواردة في مقام من له الولاية، وهي قوله ﷺ: ﴿إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ﴾ [المائدة: ٥٥]، فقد أعطت هذه الآية المباركة الولاية لله ﷻ وللرسول ﷺ ولأُمير المؤمنين علي (ع)؛ لأنه (ع) الوحيد الذي أتى الزكاة وهو راكع في صلاته كما صرح بذلك الأخبار المعبرة

الشورى

وأما في "تعليق-٧-": إشارته إلى وجود نص قرآني يمنح الولاية لأُمير المؤمنين علي بن أبي طالب (دون غيره من الصحابة) فهذا تفسير خاص بالفقه الشيعي، أما في الفقه السني فإن ولاية مستمدة من اختياره للخلافة بقرار من أهل الشورى، وبهذا يستوى في فقهما مع من سبقه من الخلفاء الراشدين دون حاجة لنسبة العصمة له دون غيره

تتميز شريعتنا بأن نظامها الجنائى ليس محصوراً فى النصوص التى تفرض عقوبات جنائية على الأفعال المكونة للجرائم، كما هو الشأن فى القوانين الوضعية التى جرى العرف على تسميتها "قوانين العقوبات" - وإنما تبدأ النصوص الإلهية بما يسمى الأحكام التكليفية، أى النصوص الشرعية التى تتضمن أوامر ونواهى موجهة إلى المخاطب بالشرعية، والذى يُوصف بأنه "المُكَلَّف"، أى الشخص الذى توافرت فيه شروط المسؤولية عن أفعاله وسلوكه، وتفرض عليه عقيدته الالتزام بالتكاليف التى تأمره وتنهاه، وتفرض عليه قيماً أخلاقية وسلوكية فى حياته .

إن اهتمام شريعتنا بالنصوص التكليفية قبل النصوص العقابية يؤكد اختلافها عن "القوانين الوضعية" التى تجعل موضوعها فقط تحديد الجرائم بحسبانها سبباً للعقوبات، ولا ترى داعياً للنص على الأوامر والنواهى الأخلاقية لأن مجرد النص على الجريمة وعقابها فى نظرهم يكفى لتحريم الفعل المكون لها. لكن شريعتنا تبدأ بإقناع المخاطب بالالتزام بتجنب هذه المخطورات الشرعية، وهذا هو دور "العقيدة".

إن الطبيعة الإلهية والدينية فى شريعتنا لا تتبع المنهج "الوضعى"، لأن نصوصها تخاطب أولاً ضمير الفرد، وترشده عقيدته ذاتها إلى السلوك الشرعى الصحيح وتلزمه به - فالهدف التربوى والإرشادى هو الأساس فى النصوص الشرعية - لأن التربية هى المهمة الأولى والهدف الأول للعقيدة والدين - وهذه التربية تشمل ما يدخل ضمن "الأخلاق". فشريعتنا لا تفصل بين العقيدة والأخلاق والقوانين. وهى بهذا تمتاز عن النصوص الوضعية وتختلف عنها من حيث منهاجها وطبيعتها.

وعلى ذلك، فإن وصف القوانين الجنائية الصادرة عن الدولة بأنها "وضعية" يُقصد به أنها ليست إلا مبنية لأسباب العقاب وشروطه، ولا تهتم بتربية الفرد على السلوك القويم لأن ذلك فى نظر الفقه "الوضعى" من اختصاص علم الأخلاق ومبادئ الأديان المنفصلة عن "القوانين".

إن القوانين الوضعية، تكون بذلك مكملّة وتابعة لمبادئ الدين والأخلاق، ولا تستغنى عنها ولا تُغنى عنها كما يريد اللادينيون والعلمانيون الذين ينادون بفصل الدين عن الدولة وقوانينها.

إن من يصفون أنفسهم بأنهم علمانيون أو لادينيون مخطئون، لأنهم يتجاهلون العقائد الدينية والقيم الأخلاقية؛ بل يتكبرون لها ويريدون أن يخضع الفرد والمجتمع للقوانين الوضعية فقط، وهم بذلك يخلون بطبيعة تلك القوانين بحسبانها مجرد تكملة وفرع تابع لما هو أهم منها وهو مبادئ الدين وقيم الأخلاق والتربية - فلا يجوز الاقتصار عليها واستبعاد تلك المبادئ الأساسية المهمة، لأن فصلها عن تلك المبادئ يُفقدُها فاعليتها، ويفتح للأفراد باب التهرب منها لعدم اقتناعهم بالقيم التي تستند إليها .

إن وصفنا للقوانين المستوردة بأنها وضعية لا يقصد به فقط أنها من وضع البشر أو الدولة أو من يتكلمون باسمها بالحق أو بالباطل ليعطوا لأنفسهم سلطة تشريعية ذاتية لا تلتزم بعقيدتنا ولا شريعتنا الإلهية، وإنما يقصد به أيضا أن هناك فرقا أساسيا في فقهاء بين ما يُعرف بالأحكام التكليفية التي هي منبع الأوامر والنواهي الشرعية ووعاؤها، وبين ما يسميه فقهاؤنا الأحكام الوضعية التي تقتصر على بيان أسباب العقاب وشروطه .

إن ما يقصد بالأحكام الوضعية هو ما يتضمن وضع أسباب أو شروط أو موانع، دون ربطها بالأحكام التكليفية، وهذا هو شأن القوانين التي تفرضها الدول دون أن تشير إلى التكليف الدينية والأخلاقية التي تربطها بالعقيدة، ويريد اللادينيون أن يفصلوها عن القيم الأخلاقية والعقائد الدينية، وينتج عن ذلك قصورها في إقناع الأفراد بطاعتها والالتزام بها كلما وجدوا وسيلة للهروب من العقاب، وهذا هو شأن أكثر مرتكبي الجرائم الذين يتخذون كل ما يستطيعون من احتياطات ليفلتوا من المحاكمات والأحكام "الوضعية".

ثم إن الفقه لا يقف عند الأحكام الوضعية أو التكليفية. بل إنه يستفيد منها في استكشاف المقاصد السامية لتلك الأحكام التي يستنبط منها المبادئ والنظريات التشريعية العامة التي توصله لاستنباط أحكام يواجه بها ما يستجد من مشكلات وقضايا - تحتاج إلى حلول تناسب ظروف الزمان والمكان - ولا يكون اختيار هذه النصوص المحدودة عشوائيا بل تكون في مجموعها أساسا لكل ما يحتاج إليه المجتمع الصالح من قيم ومثل عليا قيمين على تشريعنا في جميع فروع وأحكامه ...

عوده

٨٧- قواعد أصولية شرعية : من القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية : أنه "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص"، أي أن أفعال المكلف المستنول لا يمكن وصفها بأنها محرمة مادام لم يرد نص بتحريمها، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمها...
وهناك قاعدة أساسية أخرى تقتضي بأن : "الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة"، أي أن كل فعل أو ترك مباح أصلاً بالإباحة الأصلية، فما لم يرد نص بتحريمه فلا مسؤولية على فاعله أو تاركه...
وهاتان القاعدتان^(١) تؤديان معنى واحداً، -٨- هو أنه لا يمكن عد فعل أو ترك جريمة

الصلو

تعليق "رقم -٨-": فهما متفقان فيما ذكره المؤلف، وإن اختلفا في جهة أخرى. فمحتوى القاعدة الأولى أن أفعال العقلاء قبل ورود النص الشرعي لا توصف بالإباحة ولا بالحُرمة واقعا. ومحتوى القاعدة الثانية أن الأفعال قبل ورود النص الشرعي توصف بالإباحة ظاهراً، ومعنى الإباحة الظاهرية هي التي تعين الوظيفة الشرعية من ناحية إتيان الفعل وتركه حين عدم العلم بحكمه الواقعي. وقد أطال علماء الفقه الجعفرى في التحدث عن هاتين القاعدتين وعن الاحتياط الشرعي وعن موارد كل من البراءة والاحتياط، فلتراجع الكتب الموسعة في المقام....

الشأو

رأينا في "تعليق -٨-": تفرقة دقيقة لا بد من ملاحظتها. فالإباحة الأصلية يقصد بها عدم تحريم الفعل، أما ما يسميه الإباحة الظاهرية فيقصد بها عدم تحريم الفعل في زمان معين ومكان معين لعدم وجود نص وضعي على عدّه جريمة معاقباً عليها. فالتحريم أوسع نطاقاً من التحريم، أي أن المحرمات ليست كلها جرائم معاقباً عليها...

(١) القاعدة الأخيرة يأخذ بها أكثر الحنفية والشافعية، والقاعدة الأولى يقول بها غيرهم وهم الذين يرون أن الإباحة تستدعي مبيحاً، والمبيح هو الله ﷻ إذا خير بين الفعل وتركه بخطابه، فإذا لم يكن خطاب لم يكن تحريم ولا إباحة، فالأفعال عند هؤلاء لا محظورة ولا مباحة، ولا حرج في إتيانها أو تركها حتى ينص على حظرها أو إباحتها.

وهناك فريق يأخذ بالقاعدة الثانية على أساس أن معنى الإباحة هو ألا حرج في إتيان الفعل. وقد كان هذا الخلاف سبباً في وضع هاتين القاعدتين الأصوليتين، ومن شاء أن يستزيد فليراجع الفحكام في أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص/ ١٣٠ وما بعدها، والمستصفي للغزالي ج/ ١ ص/ ٦٣ وما بعدها، ومسلم الثبوت ج/ ١ ص/ ٤٩، والإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج/ ١ ص/ ٥٢ وما بعدها.

عوده إلا بنص صريح-٩- يحرم الفعل أو الترك. فإذا لم يرد نص يحرم الفعل أو الترك فلا مسئولية ولا عقاب على فاعل أو تارك. ولما كانت الأفعال المحرمة لا تُعدّ جريمة في الشريعة بتحريمها وإنما بتقرير عقوبة عليها سواء كانت العقوبة حداً أو تعزيراً، فإن المعنى الذي يستخلص من ذلك كله هو أن قواعد الشريعة الإسلامية تقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ...

وهناك قاعدة أصولية ثالثة تقضي بأنه "لا يكلف شرعاً إلا من كان قادراً على فهم دليل التكليف، أهلاً لما كلف به، -١٠- ولا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علماً يحمله على امتثاله" (١) ...

فهذه القاعدة تبين الشروط الواجب توافرها في المكلف، أي الشخص المسئول، والشروط الواجب توافرها في الفعل المكلف به ...

فأما المكلف فيشترط فيه أولاً : أن يكون قادراً على فهم دليل التكليف، أي أن يكون في استطاعته فهم النصوص الشرعية-١١- التي جاءت بالحكم التكليفي؛ لأن العاجز عن الفهم لا يمكن أن يمثل ما كلف به ...

ثانياً : أن يكون أهلاً لما كلف به، أي أن يكون أهلاً للمسئولية وأهلاً للعقوبة ...

أما الفعل المكلف به فيشترط فيه :

أولاً : أن يكون ممكناً، فلا تكليف بمستحيل ...

المصدر تعليق "رقم-٩-" بل إلا بدليل معتبر كما أشرنا إلى ذلك آنفاً، نصاً كان لا يشمل معنى آخر أو ظاهراً في معناه عرفاً وإن احتمل سواء لفظياً كان، كآية مباركة، أو حديثاً معتبراً أو لم يكن لفظياً كالإجماع والسيرة وهو المسمى باصطلاح علماء الفقه والأصول بالدليل اللبي سواء كان الدليل مثبتاً للحرمة مشتملاً على بيان استحقاق العاصي للعقاب، أو كان مجرداً عن بيان العقاب ومقتصر على النهي عن الفعل.

الشاوئ وأما في "تعليق-٩-" : يشير إلى ما سبق أن أيدناه، وهو عدم حصر التحريم بالنصوص الشرعية (يقصد بها الكتاب والسنة)، بل يكفي أي دليل معتبر بما في ذلك ما سماه "الدليل اللبي" ويقول إنه يشمل الإجماع والسيرة (نعتقد أنه يقصد بها السنة العملية)، ويؤسفنا أن يتجاهل الاجتهاد.

المصدر تعليق "رقم-١٠-" : ولو بالفهام غيره له الجهلة باللسان، فإن الشرط هو إمكان تفهيم الحكم المستفاد من الدليل على الحرمة أو الوجوب، وإن لم يكن قادراً على فهم تفاصيل الحكم الشرعي ...

المصدر تعليق "رقم-١١-" : بالمعنى السابق ...

الشاوئ رأينا في "تعليقي-١٠- ر-١١-" : بشأن الفهم والعلم، يشير إلى أن المقصود هو مجرد إمكان الفهم والعلم، وليس خصوص العلم والفهم فعلاً، ولا اعتراض على ذلك ...

(١) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص / ١٧٣ ...

عوده ثانيا : أن يكون مقدورا للمكلف، أي في قدرة الشخص إتائه أو تركه، فإن لم يكن كذلك فلا يصح التكليف به ...

ثالثا : أن يكون الفعل بعد إمكانه وقدرة المكلف عليه معلوما للمكلف-١٢- علما تاما يحمله على الامتثال. والعلم التام الذي يحمله على الامتثال يقتضي :

(أ) العلم بالأحكام التكليفية، ولا تكون معلومة إلا إذا نص عليها ونشر نصها على الكافة، فمن لم يعلم بأمر أو نهي لا يمكن أن يأتمر به أو ينتهي عنه-١٣- وتطبيق هذا الشرط على الجرائم يعني أن لا جريمة بلا نص ينشر على الناس ...

(ب) أن يكون في الحكم ما يحمل المكلف على الامتثال ويكفه عن العصيان، وهذا يقتضي علم المكلف بأنه سيعاقب على عدم الطاعة. وتطبيق هذا الشرط على الجرائم معناه أن النص على الجريمة يقتضي النص على العقوبة-١٤- ...

وظاهر بجلاء من هذه القاعدة الأصولية أنها تعني كالقاعدتين السابقتين أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص-١٥- ...

الصدر تعليق "رقم-١٢-": لا بشرط في الفعل المكلف به أن يكون معلوما للمكلف، لبداهة صحة تكليف الجاهل إذا كان متمكنا من امتثاله في الزمان الذي يجب عليه امتثاله، ولا يتوقف صحة التكليف على العلم به مع وضوح أن التكليف لو لم يسق العلم فيماذا يتعلق العلم يا ترى؟ فلا بد من تقدم التكليف على العلم ليعلق العلم به ...

الصدر تعليق "رقم-١٣-": إن الإنسان المكلف بصفته عبد الله إذا احتمل وجود أحكام صادرة منه سبحانه وكان قادرا على امتثاله، فإن العقل يلزمه بالفحص عليها مقدمة لامثالها وإطاعتها، فلا يتوقف إمكان امتثال الأحكام على العلم بها ...

الشاوي رأينا في "تعليقي-١٢-و-١٣-": راجع رأينا على تعليقي-١٠-و-١١-... كما أنه يؤكد أن الفهم يمكن أن يكون بواسطة شخص آخر وليس من الضروري أن يكون مباشرا، ويضيف أن الفرد يلزم بالفحص عن التكليف للامتثال بها ...

ونحن نضيف أن المجتهدين وأهل الذكر عليهم واجب تسهيل الفهم والعلم على جميع الأفراد، وذلك عن طريق الشرح والدعوة والتقنين الذي نقول دائما إنه واجب في هذا العصر وما بعده ...

الصدر تعليق "رقم-١٤-": لازم الجريمة استحقاق مرتكبها العقاب، اشتمل النص على بيان العقوبة أو لم يشتمل، فلا يشترط في صيرورة الفعل جريمة اشتمال النص على العقاب كما أننا إلى ذلك آنفا ...

الصدر تعليق "رقم-١٥-": بالمعنى الآنف الذكر ...

الشاوي رأينا في "تعليقي-١٤-و-١٥-": كلمة النص في قوله بعدم اشتراط اشتمال النص على العقاب فإن المقصود هنا هو نصوص الكتاب والسنة، أما تطبيق مبدأ أنه لا عقوبة إلا بنص في التعازير فيكفي فيه وجود نص وضعي في الفقه أو القضاء، والتقنين هو الصورة العصرية للفقه ...

التي تقطع بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص-١٦- في الشريعة الإسلامية، لا تستند فيما جاءت به إلى العقل والمنطق، ولا تستند إلى نصوص الشريعة العامة التي تأمر بالعدل والإحسان، وتحرم الظلم والحيف، وإنما تستند إلى نصوص خاصة-١٧- صريحة في هذا المعنى، منها قوله ﷺ : ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾ [الإسراء: ١٥]، وقوله ﷺ : ﴿وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا﴾ [القصص: ٥٩]، وقوله ﷺ : ﴿لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾ [النساء: ١٦٥]، وقوله ﷺ : ﴿لأنذرکم به ومن بلغ﴾ [الأنعام: ١٩]، وقوله ﷺ : ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وقوله ﷺ : ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يُغْفَرْ لهم ما قد سلف﴾ [الأنفال: ٣٨]. فهذه النصوص قاطعة في أن لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار، وأن الله لا يأخذ الناس بعقاب إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسله، وأنه ما كان ليكلف نفسا إلا بما تطيقه...

تعليق "رقم-١٦-" بالمعنى السابق ..

المصدر

تعليق "رقم-١٧-" : منها قوله ﷺ في [سورة الطلاق: ٧]. ﴿لا يكلف الله نفسا إلا

المصدر

ما آتاهما

رأينا في "تعليق-١٧-" : يؤيد ما قاله فقيها بوجود نصوص قرآنية على مبدأ "أنه لا

النشأوى

جريمة ولا عقوبة إلا بنص" - وكنا نود لو أنهما أشارا إلى أن مثل هذه النصوص تؤيد العقل والمنطق والمبادئ الشرعية الخاصة بالعدل والإحسان، ولذلك لم يكن هناك مبرر لاستبعادها ..

نحن نهتم كثيرا بهذا المبدأ، ونقدر له عناية يارجاع كل نقاط بحثه إلى منابعها الإلهية في نصوص القرآن الكريم وحرصه على الإحاطة بها - ونرجو أن يكون هذا هو المنهاج الذي يتبعه الجميع في عمليات التنظير، حيث إن القرآن هو دستور الشريعة ومصدرها الإلهي الذي يضمن لها السمو والخلود والتجدد الدائم .
والفرقة بين ما يُعدّ حكما تكليفيا وما يُعدّ نصا "وضعا" هي من أهم إنجازات أسلافنا، وأهم نتائجها هي أن كل حكم وضعي يجب أن يكون أساسه قاعدة تكليفية سواء صرح بها المشرع أم تركها للدين والأخلاق. وهذا يبين أهمية دور الدين والأخلاق في المجتمع وفي النظم الاجتماعية والجنائية بشكل خاص. وميزة أخرى لفقهائنا هي عنايتهم بشروط "التكليف"، وهي ما تسميه في عصرنا "بالمسؤولية". ومبدأ أن الأصل في الأشياء الإباحة، معناه أن كل ما لم يرد نص بتحريمه مباح، ولذلك قالوا "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص".

ويسرنا تأكيد على أن هاتين القاعدتين هما أساس مبدأ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص صريح، وأن هذا المبدأ من أهم أصول شريعتنا .
وكما قلنا إن فقهاءنا يربطون بين هذا المبدأ وما يشترط من إمكان علم المكلف بالنص التكليفي علما كافيا يحمله على امتثاله. ولا يوجد هذا العلم إلا إذا كان قادرا على فهم دليل التكليف، وهذا هو أساس شروط المسؤولية التي يجب توافرها في المكلف. كما أنه أساس الشروط اللازمة في الفعل المكلف به، وشروط علم المكلف بالنص وأهمها أن يكون العلم المتوافر لدى الشخص كافيا لحمله على الامتثال لما كلف به، والمفروض أن يكون المكلف عالما بالنص أو قادرا على أن يعلمه .

* * *

وهذا المبدأ تقرره نصوص قرآنية صريحة، ذكر منها آية الإسراء (رقم 15) والقصص (رقم 59) والنساء (رقم 165) والأنعام (رقم 19) ... إلخ .
من هذه الآيات القرآنية يستمد الفقه القواعد الأصولية التي أشرنا إليها، مما يؤكد أنه لا يمكن عدّ أى فعل جريمة إلا بنص صريح، وأن الأفعال المحرمة لا تُعدّ جريمة جنائية إلا بتقرير العقوبة عليها، وأن ما لم يرد نص شرعي أو فقهي (تقيني أو قضائي) بتجريمه والعقاب عليه فلا مسؤولية جنائية على فاعله ولا عقوبة .

٨٩ - متى وجدت قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص؟ : وجدت هذه

القاعدة في الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرناً، حيث جاءت بما نصوص القرآن كما بينا. وهذا تمتاز الشريعة على القوانين الوضعية التي لم تعرف هذه القاعدة إلا في أعقاب القرن الثامن عشر الميلادي، حيث أدخلت في التشريع الفرنسي كنتيجة من نتائج الثورة الفرنسية، وقررت لأول مرة في إعلان حقوق الإنسان الصادر في سنة ١٧٨٩م، ثم انتقلت القاعدة من التشريع الفرنسي إلى غيره من التشريعات الوضعية ...

٩٠ - كيف طبقت الشريعة القاعدة ؟ : بينا فيما سبق أن القاعدة العامة في الشريعة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص، ودلنا على ذلك بإيراد النصوص الشرعية التي تقرر القاعدة، وإيراد القواعد الأصولية التي وضعت تطبيقاً لهذه القاعدة العامة. وإذا كانت الشريعة تقضي بتطبيق القاعدة على كل الجرائم، فإن الشريعة لا تطبق القاعدة على غرار واحد في كل الجرائم، بل إن كثية التطبيق تختلف بحسب ما إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود، أو جرائم القصاص والدية أو جرائم التعازير. وسنرى فيما يلي كيف طبقت الشريعة القاعدة على مختلف أنواع الجرائم .

إن الشريعة تمتاز بسبقها على القوانين الوضعية الأوربية، إذ إنما قررت هذا المبدأ العام منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً، في حين أن أوروبا لم تعلنه إلا في نهاية القرن الثامن عشر الميلادي بعد ثورات متعددة سالت فيها دماء كثيرة - واعتقد أن كثيرين من المعاصرين في حاجة إلى تذكيرهم بذلك في كل مناسبة .

ومن الغريب أن لدينا من يسمون أنفسهم دعاة "التنوير" الذي ينسبون هذا المبدأ الشرعي إلى الثورة الفرنسية أو إعلان حقوق الإنسان الذي أصدرته الأمم المتحدة بعد ذلك - ويتجاهلون سبق الشريعة إلى ذلك - لأنهم يريدون لشعوبنا أن تكون عالة على الثقافة المستوردة وتعزل نفسها عن أصول شريعتها وثقافتها وعقيدتها بل وتاريخها كله .

وتمتاز شريعتنا بالتنوع في طريقة التنفيذ، فقد حرص المشرع الإلهي على فرض العقوبة بنصوص قرآنية بالنسبة لعدد محدود من الكبائر، وهي الجرائم التي تدخل في نطاق الحدود والقصاص - أما النصوص (الشرعية) التي يُستند إليها في تجريم "التعازير"، فإنها جاءت عامة تكفي بيان المعاصي والمحرمات من الأفعال في الأحكام التكليفية، وتركت للمجتهدين تحديد ما يُعاقب عليه منها، كما حددت مجموعة من العقوبات يختار أهل الاجتهاد منها ما يناسب كل زمان ومكان .

ونحمد له حرصه على تعريف القاعدة بأنها "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" لأن هذا هو المبدأ الذي يعرفه أساتذة القانون الرضعي ودارسوه وطلابه . لكن الواقع أن المبادئ الشرعية المذكورة في مستهل البند 87 فيما سبق، والتي نقلها عن فقهاءنا: "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص"، "والأصل في الأشياء والأفعال الإباحة"، هي التي تتفق مع أصالة فقهاءنا وتدرج مصادره وتفاوتها .

إن القوانين الوضعية لا تعرف إلا نصاً واحداً هو الذي تصدره الدولة - أما فقهاء فإن النصوص "الشرعية" يقصد بها نصوص الكتاب والسنة فقط، وكل الأحكام الفقهية يجب أن تستمد منها مباشرة أو بطريق غير مباشر بالاجتهاد أو القياس بجميع أنواعه .

وإذا كنا نحن نرى وجوب تقنين الفقه الجنائي، فليس معنى ذلك أن نصوص التقنين تغني عن الاستنباط من النصوص الشرعية أو تحل محلها - بل إن التقنيات تبقى في نظرنا نصوصاً فقهية مثل نصوص كتب الأئمة والفقهاء - كل ما هنالك أنها تصاغ في صورة مواد وأبواب وفصول لتسهيل ضبطها والرجوع إليها - وقد قام كثير من فقهاءنا بنظم أحكام الفقه شعراً - وهذا التقنين هو النظم الذي توصلت له العلوم القانونية العصرية وتعوده الجمهور والأساتذة والباحثون، فمن الأولى تقديم فقهاءنا لهم في هذه الصورة العصرية - دون أن يكون ذلك سبباً لتحويلها إلى قوانين وضعية، بل تبقى فقها مستنبطاً من النصوص الشرعية بطريق غير مباشر .

الفرع الأول

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم الحدود

٩١ - أئسر القاعدة في جرائم الحدود : طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص تطبيقاً دقيقاً في جرائم الحدود، وهذا ظاهر بجلاء من تنص النصوص التي وردت في هذه الجرائم ..

وجرائم الحدود سبع :- ١٨-

(١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة
(٥) الحاربة (٦) الردة (٧) البغي

ففي جريمة الزنا يقول الله ﷻ : ﴿ولا تقربوا الزنا﴾ [الإسراء: ٣٢]. ويقول: -١٩-
﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور: ٢]. ويقول الرسول ﷺ:
"خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب
جلد مائة ورجم بالحجارة". فهذه النصوص تحرم الزنا وتعاقب عليه بالتغريب والجلد
والرجم، وهي كل العقوبات- ٢٠- المقررة للزنا في الشريعة

التعليق "رقم-١٨-": ذكرنا آنفاً أن الفقه الجعفري يضيف إلى ذلك ثلاث جرائم وهي اللواط والمساخقة والقيادة ...

رأينا في "تعليق-١٨-": ما قاله في التعليق سبق أن عارضناه في مناقشتنا للتعليق رقم-٦- على البند (٥١) ...

التعليق "رقم-١٩-": ويقول ﷻ في سورة الفرقان (٦٨ ، ٦٩) في صفات المؤمنين : ﴿ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاماً * يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهاناً﴾.

رأينا في "تعليق-١٩-": يشير إلى نصوص أخرى يرى أنها تحرم الزنا وتعاقب عليه ...

تعليق "رقم-٢٠-": وفي الفقه الجعفري عقوبة أخرى هي القتل، وهو عقوبة للزاني في ثلاث حالات. الأولى : من زنى بإحدى محارمه فإن حده القتل، للحديث المعتبر المروي عن أحد الإمامين : إما محمد بن علي الباقر، وإما جعفر بن محمد الصادق، إنه (ع) قال : "من زنى بذات محرم حتى يواقعها ضرب ضربة بالسيف"، ويشهد لصحة هذا الحكم من طرق حفاظ السنة والجماعة ما في الجزء التاسع من كتاب المغنى لابن قدامة ص/٢٦ عن الجوزجاني وابن ماجه بإسنادهما عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : "من وقع على ذات محرم فاقبلوه"، =

= الثانية : الكافر إذا زنى غير المسلم بمسلمة فإن الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن حده القتل وإن لم يكن محصناً، ويدل على ذلك الخبر المعتبر الذي يرويه حنان بن سدير عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع). أنه سئل عن يهودي فجر بمسلمة فقال : يُقتل ... ويشهد لصحة هذه الفتوى ما اتفق عليه المسلمون من أن الكافر لا يصح له السكنى في بلد الإسلام إلا مع الالتزام بشرائط اللمة التي منها ألا يفسد نساء المسلمين، فإذا زنى بمسلمة فقد خالف هذا الشرط وخرج عن الذمة فيجب قتله ..

الثالثة : الحالة الثالثة التي يكون حد الزاني فيها القتل هي ما لو أكره الرجل امرأة فرنا بها، يدل على صحة هذه الفتوى أخبار معتبرة مروية عن أئمة أهل البيت (ع) منها خبر العجلي المعتبر الذي يرويه عن الإمام محمد بن علي الباقر (ع) أنه سئل عن رجل اغتصب امرأة فرجها، قال يقتل محصناً كان أو غير محصن، ويؤكد صحة هذا الرأي ما في كتاب أعلام الموقعين لابن قيم ص/ ٣٧١، قال : خرجت امرأة تريد الصلاة فتحللها رجل فقطضى حاجته منها، فصاحت وفر، ومر عليها غيره فأخذوه فظننت أنه هو، وقالت هذا الذي فعل بي، فأتوا به النبي ﷺ فأمر برجمه، فقام صاحبها الذي وقع عليها فقال ألا صاحبها. فقال لها النبي ﷺ: اذمي فقد غفر الله لك، وقال للرجل قولا حسنا فقالوا ألا ترجم صاحبها؟ فقال : لا لقد تاب توبة لو تأمها أهل المدينة لقبل منهم ..

وذكر ابن قيم أن هذا الحديث ذكره أحمد والسنن، ومن البديهي أن الرواية دالة على أن عقاب المكره القتل محصناً كان أو غير محصن، فإن النبي ﷺ لم يفسر عن إحسان الرجل الأول وعدم إحسانه حينما أمر برجمه، كما أن الصحابة لم يألوا عن إحسان الرجل الثاني وإنما طلبوا رجمه، وما ذاك إلا أن المرتكب في أذهابهم أن عقاب المكره القتل، وقد أمضى النبي ﷺ ما في أذهابهم وعلل عدم قتله بتوبته ...

نعم إن الرواية ظاهرة في تعيين الرجم، والأخبار التي ذكرناها آتفا ظاهرة في عدم وجوبه، وإذا أردنا أن نأخذ بمعنى الدليلين فإن ذلك يقتضي الحكم بالتخيير بين القتل والرجم ... هذه أدلة لزوم القتل في الصور الثلاث، وإن لم يكن محصناً، وهذا هو الموافق للذوق السليم أيضاً، فإن الزنا باحرام أكبر ذنب وأعظم وزراً، ومتى ما عظم الجرم فلا بد وأن يعظم الحد، كما أن في زنا الكافر بالمسلمة تحدياً للمسلمين وخروجاً عما يجب عليه تجاههم، فكان اللازم أن يزيد عقابه على عقاب الكافر لو زنى بكافرة، أو عقاب المسلم إذا زنى بمسلمة ... أما من أكره امرأة وزنى بها فهو يجمع بين جرمين وقد اقترف ذنبتين فكان لا بد من تشديد عقابه، بل يمكن التصريح إلى أن هذا الفعل داخل في الإفساد، وأن عامله ممن يصدق عليه أنه يسعى في الأرض فساداً.

وفي جريمة القذف يقول ﷺ: «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون» [النور: ٤]. فهذا النص يحرم القذف ويعاقب عليه بعقوبة أصلية هي الجلد، وبالعقوبة تبعية هي الحرمان من حق أداء الشهادة، وليس للقذف في الشريعة عقوبة غير هاتين العقوبتين.

الشأى = رأينا في "تعليق-٢٠-". إنه يفرق بين عقوبة الرجم وعقوبة القتل مع أن التفرقة في نظرنا محصورة في أداة تنفيذ العقوبة لا في نوع العقوبة، وقد أشرنا إلى أن تحديد أداة القتل لا يلزم فيه نص. ثم إنه يشير إلى أن الفقه الجعفري يوجب عقوبة القتل في ثلاث حالات من زنا غير المحصن أو المحصن، ومعنى ذلك أنهم أضافوا ثلاث ظروف توجب تشديد عقوبة الزنا المنصوص عليها في القرآن، وهي: كون المرأة محرما للزاني، وكونها مسلمة وهو كافر، وكون الفعل وقع بالإكراه. ويمكن الاعتراض على هذا الرأي لأنه يضيف ظلما مشددا لعقوبة حدية، قياسا على الإحصان الذي هو الظرف المشدد الذي يستوجب القتل رجما على الرأي الراجح في الفقه، وقد سبق أن قلنا إن العقوبات الحدية لا يجوز توسع فيها بطريق القياس لأن الواجب هو تضيق نطاقها لا توسيعه. يضاف لذلك أن فقهاء فيه رأي بأن عقوبة الزنا في جميع الحالات هي ما نصت عليه آية النور (مائة جلدة) سواء كان الزاني محصنا أو غير محصن، وقد رجحنا هذا الرأي؛ لأنه لا يجوز القول بأن النص القرآني قد نسخ جزئيا بما ينسب إلى السنة من حوادث (رجحنا أن تكون سابقة على نزول الآية الكريمة لا بعدها) ...

ومع ذلك، فإننا نرى أن الظروف المشددة التي ذكرها، وكذلك ظرف الإحصان تستوجب تشديد العقوبة، لأن الزنا فيها مقترن بجريمة أخرى أشد منه (وإن كانت عقوبتها التعزير)، وهي: الخيانة الزوجية في حالة الإحصان، والإكراه في الاغتصاب، والعدوان على المحارم أو الفساد في الأرض بعدوان غير مسلم على عرض مسلمة مخالفا بذلك عقد الذمة أو الأمان أو حرمة المسلمين جميعا وكرامتهم ...

وما ذهب إليه الشيعة من فرض عقوبة القتل بسبب هذه الظروف المشددة لجريمة الزنا يتفق مع منطق من يقولون بأن الرجم هو الحد في زنا المحصن كما يقول كثيرون ... أما الذين ينكرون هذه العقوبة ويتمسكون بعموم نص القرآن الذي فرض عقوبة الجلد، فإن التشديد الذي يمكن قبوله في هذه الأحوال يكون بزيادة عدد الجلدات طبقا للمبدأ الذي دافعنا عنه من قبل، وهو أن العقوبات الحدية هي العقوبات القصوى في الجرائم المقر لها، ولا يجوز فرض نوع من العقوبات أشد منها في تلك الجرائم، ونحن نرجح هذا القول ...

وفي جريمة الشرب يقول ﷺ: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة: ٩٠]. ويقول الرسول ﷺ: "كل مسكر حرام". ويقول: "ما أسكر كثيره فقليله حرام". وهذه النصوص قاطعة في تحريم تناول الخمر والمسكرات ...

أما العقوبة، فقد عين النبي ﷺ نوعها بقوله: "اضربوه". ولكن لم يؤثر عنه أنه حدد مقدار العقوبة تحديدا قاطعا. وقد روي عنه أنه ضرب أربعين في الخمر، وروي عنه أن الضرب لم يكن محدد العدد. وفي عهد عمر (رضي الله عنه) أجمع الصحابة على أن يضرب شارب الخمر ثمانين جلدة قياسا على القاذف، لأن الشارب إذا سكر هذى وإذا هذى افترى، فالعقوبة إذن تحددت بقول الرسول وعمله وإجماع الصحابة؛ ٢١- وستة الرسول مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، وإجماع الصحابة مصدر آخر من مصادر هذا التشريع، أي أن السنة والإجماع يقوم كلاهما مقام النص على العقوبة... وفي جريمة السرقة يقول ﷺ: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله﴾ [المائدة: ٣٨]. فهذا النص يحرم السرقة ويحدد عقوبتها...

وفي جريمة الحراة يقول ﷺ: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم جزاء في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾ [المائدة: ٣٣]. فهذا النص يحرم الحراة والسعي بالفساد في الأرض، ويعاقب على ذلك بالنفي والقطع والقتل والصلب ...

تعليق "رقم-٢١-": لا يعتمد علماء الشيعة على إجماع الصحابة ما لم يكن سببا لحصول العلم برأي المعصوم، وهذا الشرط متحقق في هذا الإجماع على ما تشهد به الروايات من أن أمير المؤمنين علي (ع) هو الذي أشار على الخليفة الثاني بذلك وقوله (ع) حجة، إذ لا ريب عند الشيعة الإمامية في عصمة أئمة أهل البيت الاثني عشر (ع) ...

رأينا في "تعليق-٢١-": ما قاله سبق أن ناقشناه في تعليقه رقم (٥٩) على البند (٨٠)، وعارضنا أقواله بشأن ما يقصد بإجماع الصحابة واجتهاداتهم، وكذلك بشأن عصمة الإمام علي بن أبي طالب وآل البيت التي لا يعترف بها الفقه السني ...

عَوْدَه وفي جريمة الردة يقول الله ﷻ: ٢٢- ﴿وَمَنْ يَتَّبِعْ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ﴾ [آل عمران: ٨٥]. ويقول ﷻ: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فِيمَتَ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ﴾ [البقرة: ٢١٧]. ويقول النبي ﷺ: "من بدل دينه فاقتلوه". ويقول أيضا: "لا يحل دم امرئ مسلم إلا ياحدى ثلاث الشيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة". فهذه النصوص تحرم الردة وتعاقب عليها بالقتل.

وفي جريمة البغي يقول ﷻ: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾ [الحجرات: ٩]. يقول النبي ﷺ: "من أتاكم وأمرُكم على رجل واحد-٢٣- يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه"...

الصبر تعليق "رقم-٢٢-": لا تختص الآية المباركة بجريمة الردة، لما فيها من الحكم بأن الله ﷻ لا يقبل غير الإسلام ديناً، وهي شاملة للمرتد عن الإسلام وللکافر الأصلي. ويدل على حكم المرتد عن الإسلام جملة من الأخبار المعبرة عند الشيعة الإمامية المروية عن أئمتهم (ع)، فمنها ما روى عن الإمام محمد بن علي الباقر أنه قال: "من رغب عن الإسلام وكفر بما نزل على محمد ﷺ فلا توبة له، وقد وجب قتله، وبانت منه امرأته، ويقسم ما ترك على ولده". ومنها ما روى عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) أنه قال: "كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام وجحد محمداً بنبوته وكذبه، فإن دمه مباح لكل من يسمع ذلك منه، وامرأته بائة منه يوم ارتد، فلا تقربه، ويقسم ماله على ورثته، وتعد امرأته عدة التوفى عنها زوجها وعلى الإمام أن يقتله"...

النشأوى رأينا في "تعليق-٢٢-": رأيه يوافق رأي فقهاء بشأن ما يرتبونه على الردة، وما يترتب عليها من إهدار، ولكن لنا آيا يتعلق بالإهدار عموماً يختلف عن رأيهم كما سنوضحه في حينه.

الصبر تعليق "رقم-٢٣-": المراد به رئيس الدولة الإسلامية بحق، المطبق للإسلام والساتر على هداة، والمأمور بقتله من لا يتبع سنة الله ولا يستير بها، كما يشهد لذلك ما روى عنه ﷺ أنه قال: "قد كذب على المؤمنين الجهاد في الفتنة من بعدي، كما كذب عليهم الجهاد مع المشركين معي". فقال السائل: يا رسول الله ما الفتنة التي كذب علينا فيها الجهاد؟ قال ﷺ: "فتنة قوم يشهدون أن لا إله إلا الله، وأني رسول الله وهم مخالفون لسنتي، طاعنون في ديني". قال السائل: قلت: فعلام نقاتلهم يا رسول الله وهم يشهدون أن لا إله إلا الله وأنت رسول الله؟ فقال: "إحداثهم في ديني وفراقهم لأمري".

النشأوى رأينا في "تعليق-٢٣-": ومع ذلك فحين نشكر للسيد الصدر حرصه على تذکیرنا بمبدأ أنه لا توجه قهمة البغي طبقاً للحديث الشريف المذكور في المتن إلا لمن يخرج على إمام شرعي مطبق للإسلام وملتزم بشريعته، وأول أحكامها أن الأمر شورى وليس بالقلب والقرة...

عوده يقول ﷺ: "ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهي جمع فاضربوه بالسيف كائنا من كان". فهذه النصوص تحرم بغْي طائفة على طائفة، وتجعل جزاء البغي القتل والقتل حتى يفىء الباغِي ويرجع عن بغْيهِ ...

هذه هي جرائم الحدود ليس فيها جريمة إلا نص على تحريمها ونص على عقوبتها. بل لقد عينت الشريعة العقوبات في جرائم الحدود تعيينا دقيقا بحيث لم تترك للقاضي أي حرية في اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمها، حتى ليتمكن القول بأن هذه العقوبات ذات حد واحد حكما وإن كان بعضها يحتمل بطبيعته أن يكون ذا حدين، فلا تسمح الشريعة للقاضي أن ينقص العقوبة أو يستبدل غيرها بها أو يوقف تنفيذها، ولم تجعل الشريعة لظروف الجريمة أو المجرم أي أثر على عقوبات جرائم الحدود كما أنها لم تجعل للسلطة التنفيذية حق العفو عن هذه العقوبات؛ -٢٤- ومن ثم سميت هذه العقوبات بالعقوبات المقدرة حقا لله إشارة إلى أنها محددة النوع والمقدار، وأنها لازمة فلا يمكن المساس بها.

الصدر تعليق "رقم-٢٤-": مع عدم توبة المجرم، أو مع توبته بعد ثبوت الجرم عليه بالبينّة ... أما لو تاب قبل ثبوت الجرم عليه فلا إشكال في سقوط الحد عنه، وأما لو تاب بعد ثبوت الجرم بالإقرار، فيختار الحاكم الشرعي بين إقامة الحد عليه وبين العفو عنه، وقد مر عليك ذلك آنفا، وقد ذكرنا موافقته للدوق السليم ...

الشاوي رأينا في "تعلق-٣٤-": أنه خاص بأثر التوبة في سقوط العقوبة في الحدود عموما، وليس فقط في عقوبة البغي، وهذا أيضا موضعه في القسم الخاص، وقد سبق أن ذكرنا رأينا مقدما في تعليقنا السابق على البند (٧٤) ...

وسوف نتوسع في موضوع أثر التوبة في حاشية البند (٥٣٠) فيما بعد ..

كما نلاحظ أن المعلق الشيعي كان دقيقا في موضوع العفو، فأشار إلى حق (الحاكم الشرعي) ونعصد أنه يقصد بذلك الاجتهاد سواء كان قاضيا أو فقيها - وهذا هو رأينا- في حين أن فقيها في الصلب يشير إلى حق (السلطة التنفيذية) - ونحن لا نرى الاعتراف للسلطة التنفيذية بحق العفو - إلا إذا كان الذي يتولى تنفيذ العقوبة قاض مجتهد. (تراجع حاشيتنا ورأينا على البند ٥٢ فيما سبق).

قلنا من قبل إن الحدود هي عقوبات معينة قصوى، وليست جرائم منفصلة عن غيرها، بل هي كلها أفعال يُعاقب عليها في الأصل بالتعزير كغيرها من الجرائم - وكل ما هنالك أنه تُطبق عليها عقوبة "الحد" بحسبها حداً أقصى عندما تتوافر شروط معينة تكون "ظرفاً مشدداً" يجعلها إحدى الكبائر الشرعية. واهتمام الفقه بدراسة هذه الجرائم إنما هو نتيجة حتمية لاهتمام القرآن بها، وسنرى أن ذلك واجب، ولكنه لا يعنى في نظرنا إهمال "التعازير"⁽¹⁾ لأنها هي الأصل العام في نظرنا.

إننا لا نحاربه فيما قاله من أن شريعتنا لم تترك للقاضي حرية في التقدير لتطبيق هذه العقوبات الحدية، لأن توسيع سلطة القضاء في التقدير مبدأ عام أصيل في الشريعة وفي الحدود يعبر عن ذلك بمبدأ "ادءوا الحدود بالشبهات". إن لنا تحفظاً على القول بأن المشرع بإيراد النصوص التي تحدد كل جريمة وعقوبتها من حيث النوع والمقدار لا يترك للقاضي أي حرية في اختيار نوع العقوبة أو مقدارها، وأن ذلك في نظره يجعل هذه العقوبات ذات حد واحد، لأننا قلنا إن هذه الجرائم هي في نفس الوقت جرائم تعزير، كل ما هنالك أنه توافر فيها ظرف مشدد يستوجب القضاء بأقصى العقوبة بسبب هذا الظرف. أما إذا لم يوجد الظرف المشدد، أو وجدت شبهة في وجوده، فإن الفعل يبقى جريمة يعاقب عليها بالتعزير. ونرى أن المبدأ الشهير الذي يقضى ببدء الحدود بالشبهات، إنما قصد به إعطاء القاضي حرية كبيرة في تقدير الظروف الخاصة التي يمكن أن تستبعد الظرف المشدد واستبعاد الحد الأقصى للعقوبة والاكتفاء بالتعزير....

(1) أشار الفقيه إلى هذا الإهمال ثلاث مرات في صفحة واحدة بالبند (68).

إننا لا نحاربه الفقهاء الذين اتجهوا إلى إعطاء جرائم الحدود طبيعة خاصة بها، والفصل بينها وبين الجرائم الأخرى بادعاء أنها -وحدها- هي التي تُعَدُّ حقوقاً لله أو المجتمع (لتمييزها عن جرائم القصاص التي يدعون أنها لصالح الأفراد) أو يدعون أن عقوباتها ذات حد واحد لا تقدير للقاضي في فرضه (لتمييزها عن التعازير التي يتركها للقاضي).

لقد ورد تعبير "حدود الله" في القرآن الكريم في أربعة عشر موضعاً في السور الآتية: البقرة والنساء والتوبة والمجادلة والطلاق⁽¹⁾ - وكلها تعني أحكام الله أو أحكام الشريعة كلها، وليس فيها أي إشارة إلى العقوبات الحدية الجنائية التي تعرف في الفقه بالحدود. فتخصيص هذا المصطلح بنوع معين من العقوبات الجنائية لا يعني أن لها خصائص مختلفة تماماً عن الجرائم الأخرى - إذ إن القرآن ذاته استعمل هذا الاصطلاح للإشارة إلى مجموع الأحكام الشرعية دون تمييز. ومعنى ذلك أن أحكام هذه الجرائم لا تنفصل عن الأحكام الأخرى ولا تغني عنها ...

يظهر لي أن تخصيص هذا المصطلح بنوع من العقوبات الجنائية قد استحدث في عصور انحرف فيها كثير من الحكماء عن الالتزام بمبادئ الشريعة، وبخاصة مبدأ الشورى وحرية البيعة التي لا تجيز الاستيلاء على الحكم بالقوة أو الغلب، وتكرروا لأصولها التي تحمي حرمان الأفراد وحقوق الإنسان وحرياته، وتولي كثير من السلطة عنوة واستعملوا التهديد والقتل والبغي وسيلة لإلزام الناس بالبيعة مكرهين...

ويظهر لي أنهم شغلوا الناس بتطبيق الأحكام الشرعية على جرائم بعض الأفراد، وحرصوا على إحاطتها بإجراءات مظهرية حتى لا يتركوا للناس فرصة للمطالبة بتطبيق أحكام الشريعة عليهم أيضاً وعلى أعوانهم ومحاسبتهم عن انحرفاتهم وجرائمهم .. وكان يلزم لذلك في نظرهم تضخيم العقوبات الحدية على بعض جرائم الأفراد العاديين المحكومين وشغلوا الناس بها، حتى أصبح كثير من الناس يظنون الآن أن التشريع الجنائي الإسلامي محصور في تطبيق هذه الحدود وحدها، وكان ذلك وسيلة لصرف الناس عن المطالبة بتطبيق "حدود الله" بالمعنى الأوسع، أي شريعته كاملة في عمومها وتوازنها الذي يستلزم تطبيق مبادئ شريعته الشاملة الكاملة والعقاب على جميع الاعتداءات على حقوق الإنسان سواء وقعت من الحكماء أو المحكومين. وبذلك، اكتفت الشعوب بمطاردة الأفراد المتهمين بجرائم فردية عن المطالبة بمحاكمة الرؤساء والأمراء وأعوانهم عن أفعالهم وظلمهم.

ومما يؤسف له أنه نتج عن ذلك أن بعض العامة عندما يسمع المطالبين بتطبيق أحكام الشريعة والالتزام بها، ينصرف ذهنه مباشرة إلى الحدود الجنائية التي تطبق على الأفراد دون غيرها من مبادئ الشريعة ومقاصدها وأصولها وأحكامها الشاملة التي توجب معاقبة المستبدين وأعوانهم كغيرهم من الناس على كل عدوان على حقوق الإنسان.

(1) تراجع في سورة البقرة الآية رقم (187)، والآية رقم (229) التي ورد فيها هذا الاصطلاح أربع مرات والآية رقم (230) التي ورد فيها مرتين. وفي سورة النساء الآيات (13، 14)، وفي سورة التوبة الآيات (97 و112)، وفي سورة المجادلة الآية (4)، وفي سورة الطلاق الآية (1) (مرتين).

بل إن بعض نظم الحكم التى تعلن أنها تلتزم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، تبدأ بتطبيق الحدود الجنائية على جرائم الأفراد، وغالباً تقف عند ذلك وتكتفى به، حتى إن بعض أعداء الإسلام بدعوا يظنون أو يدَّعون أن الشريعة ليس فيها من الأحكام سوى هذه العقوبات، كأنهم لم يسمعوا بغيرها. وكثيرون منهم يعترضون على المطالبة بتطبيق الشريعة ويقصدون تعطيل الحدود؛ ويزداد غلوهم في مهاجتها مدعين أنها تقف في تطبيقها عند معاقبة المتهمين من المحكومين في الجرائم التى يرتكبها الأفراد العاديون، ولا تطبق أحكامها على الحكام وأعوامهم الذين يرتكبون الجرائم الكبرى، مثل: تعذيب المتهمين، وتزوير الانتخابات، وأكل السحت عن طريق استغلال النفوذ والسطور على بيت مال المسلمين وإساءة التصرف فيه واختلاس المال العام، بل وتعطيل الدساتير أو قلب نظام الحكم بالمؤامرات والعنف ... وما يتبع ذلك من السيطرة الباغية واحتكار سلطات الدولة بالبطش والقهر والبغي...

في عصرنا الحاضر، نرى أن بعض الحكام يتباهون بأنهم وحدهم يطبقون الشريعة عن طريق تنفيذ عقوبات الحدود في جرائم الأفراد، مثل السرقة وشرب الخمر والقذف والردة، كأنهم مؤهلون لتطبيق الشريعة على غيرهم ولا يوجد من يطبقها عليهم، وتجدهم يغالون في تطبيق بعض الأحكام على من يعارضون نظامهم وينتقدون طغيانهم بتهمة التآمر أو المعارضة التى يجعلونها مبرراً لتوقيع حد "الحرابة" أو جريمة البغي؛ ويجددون من "فقهاء السلاطين" من يشجعونهم على ذلك ويبررون لهم هذا المسلك ... دون أن يطالبوا بمحاسبة الحكام الظالمين وأعوامهم من المنافقين والمنتهيين ومعاقبتهم على الجرائم التى يرتكبونها والظلم الذى يمارسونه.

ولنفادى ذلك، نرى أن كثيرين أصبحوا يرون أن تطبيق العقوبات الحدية الجنائية على جرائم الأفراد لا يجوز أن يبدأ فيه إلا بعد استكمال تطبيق أحكام الشريعة الأساسية ومبادئها العامة التى تضمن صلاح المجتمع ومسئولية الحكام لكى تختار الأمة لممارسة السلطة من يكونون جديرين بذلك في مستواهم الأخلاقى، وضمان حق الجماعة في إيجاد هيئة يمكنها محاسبتهم على انخفافهم عن الأحكام الشرعية ليكونوا هم أول من تطبق عليهم العقوبات الشرعية والحدود بالذات قبل أن يدَّعوا لأنفسهم الحق في تطبيقها على غيرهم وهم ليسوا أهلاً لذلك لأنهم يتحصنون وراء النفوذ والسلطة التى اغتصبوها

❁ درء الحدود بالشبهات يعطى للقضاء والاجتهاد سلطة تقدير واسعة :

ويحتكرون مال المسلمين الذى استولوا عليه بالانقلاب والغدر والتآمر ... ويفرضون بقاءهم فى مقاعد السلطة واحتكارهم لها باستغلال أموال الدولة ونهبها واتخاذها أداة لتكوين جيش من المنافقين والأعوان والحراس والجنود والمتنفعين المستغلين الذين يضللون العامة ويخدرونها بواسطة الأكاذيب والفتاوى المغرضة التى تروجها أجهزة الإعلام والنشر حتى لا تقاوم الشعوب بغى المستبدين من الحكام وأعوانهم .

* * *

لقد عرّف الشهيد عوده الحدود بأنها "عقوبات" مقدرة حقاً لله تعالى⁽¹⁾، وبني على ذلك قوله إن سلطة القاضى فى الحدود محصورة فى النطق بالعقوبة المقررة لا ينقص منها شيئاً ولا يزيد عليها⁽²⁾، وليس له أن يستبدل بما عقوبة أخرى، وليس له أن يوقف تنفيذها، وقد جرى على ذلك فعلاً كثير من الفقهاء - ولكننا لا نوافق على ذلك لأننا نرى أن القاضى عندما يحاكم إنساناً عن الجريمة يجب عليه أن يأخذ فى حسابه العوامل الشخصية والظروف الاجتماعية التى دفعته للجريمة. وإذا كان الفقهاء لم يتكلموا عن الظروف المخففة فى الحدود، فذلك لأنها تدخل فى نطاق الشبهات التى تسقط الحدود ويكتفى بالتعزير، ثم إنهم يعدّون أن موضوع الظروف المخففة يدخل فى نطاق السلطة التقديرية الواسعة للقاضى دون حاجة لنص بذلك كما فى القوانين الوضعية .

يؤيد رأينا أنه أشار إلى المبدأ المشهور وهو درء الحدود بالشبهات. وفى مواضع أخرى أشار إلى ما استقر عليه الفقه من أنه فى حالة سقوط الحد أو تعذر تطبيقه لأى سبب، فإن للقاضى أن يطبق على المتهم عقوبة تعزيرية... ومعنى ذلك أن الحدود تكون واجبة استثناء عندما يجب الحكم بالحد الأقصى للعقوبة فى الجريمة لكن الحد الأدنى هو ما تميزه العقوبة التعزيرية كلما وجدت شبهة.

الظاهر أنه إنما قصد بذلك تمييزها عن التعازير التى يكون للقاضى المجتهد فيها سلطة واسعة فى تحديد الجريمة واختيار نوع العقوبة، لكن ليس معنى ذلك فى نظرنا أن شخصية الجاني وظروفه لا أثر لها عند محاكمته فى جميع الجرائم.

فى نظرنا أن المبدأ المشهور "ادرءوا الحدود بالشبهات" يتسع لمراعاة الظروف المخففة والأعذار القانونية على السواء، كل ما هنالك أنه فى حالات وجوب الحد وتوافر جميع شروطه يكون الحكم بالحد الأقصى حتمياً وهذا أمر له مثيل فى القوانين الوضعية.

(1) البند 51 .

(2) عبر عن ذلك بالقول بأنه ليس لها حد أدنى ولا أعلى، فى حين أنه (فى البند 98) يقول إن المذاهب الأربعة تميز أن يجمع التعزير مع عقوبة الحد .

كل جريمة حدية هي في الأصل تعزيرية لكن أضيف لها ظرف مشدد

في رأينا إذن أن الحدود كمقويات هي الحد الأقصى للعقوبة الواجب الحكم بها على الجاني بمقتضى نص شرعى بشأن جرائم معينة تُعدّ مهددة لكيان المجتمع وأصول نظامه عندما تتوافر فيها ظروف مشددة، وهذه الجرائم هي أفعال محرمة ومعاص تستحق في الأصل كغيرها من الجرائم عقوبة تعزيرية، إلا أنها تتميز عن غيرها بوجوب الحكم بالعقوبة الحدية عندما تتوافر ظروف معينة في الجاني أو المجنى عليه أو الفعل المكون للجريمة، بل لقد ذكر أن المذاهب الأربعة اتجهت إلى جواز أن يضاف التعزير إلى عقوبة الحد الأقصى أو القصص⁽¹⁾. ولهذا يؤكد ما قلناه من أن التعزير هو الجزء الأصلي في جميع الجرائم. ولذلك كان من المؤكد أنه في حالة عدم الحكم بعقوبة الحد الأقصى لأى سبب من الأسباب رغم ثبوت أركان الجريمة التعزيرية، فإن هذا لا يمنع تعزير الجاني، فالحد الأدنى للعقوبة في تلك الجرائم في الحقيقة هو الحد الأدنى في عقوبات التعزير، وهذا معناه أن الأصل في كل الجرائم أن عقوبتها ذات حد أقصى وحد أدنى، وإن كان الحد الأقصى واجب الحكم به عند توافر ظرف مشدد معين حدده الشارع الحكم في الجرائم التي نسميها جرائم الحدود في حالات معينة وظروف خاصة.

ومهمة الفقه والقضاء هي استخلاص الظرف الذى استوجب التشديد، وغلبنا دراسة كل جريمة من هذه الجرائم لمعرفة الظرف المشدد الذى يستوجب الحكم بالحد الأقصى، وعلى القاضى التأكد من أنه لا شبهة في توافر هذا الظرف المشدد... لقد حرص على الإشارة إلى ما تراه بعض المذاهب من أنه يجوز أن يضاف لعقوبة الحد الأقصى إحدى عقوبات التعزير إذا لزم الأمر... ونحن لا نقر هذا الرأى لأنه يتعارض مع ما قرره من أن عقوبة الحد (عندما تتوافر شروط وجوب الحكم بها) عقوبة حدية أى ذات حد واحد... وإذا كان البعض يفهم من ذلك أنه لا يجوز الزول عنها فيجب أولاً في نظرنا القول بأنها لا تجوز الإضافة إليها أو الزيادة عليها⁽²⁾. كما أننا نفضل الرأى القائل بأن عقوبة التعازير لا يجوز أن تصل إلى توقيع مثل هذا النوع من العقوبات الحدية، لأن هذا يتعارض مع مقصد الشريعة في تمييز هذه الجرائم ذات العقوبات الحدية عن غيرها (عندما تتوافر لها شروط وظروف معينة) بعقوبات قصوى أى أنه عد تلك العقوبات خاصة بها دون غيرها.

لذلك فإننا نؤيد رأى القائلين بعدم إمكان توقيع عقوبة القتل في التعازير (ويسمونه القتل سياسة)، رغم أن الشهيد عوده أورد الرأى المخالف دون أن يسجل اعتراضه عليه،

(1) نرى أن ما يضاف إليها يدخل في نطاق تدابير الوقاية - مثل تغريب المحكوم عليه بالحد في عقوبة الزنا حتى نحول دون عودته إليها، وكذلك التدابير التعبدية التى تدخل في هذا النطاق.

(2) يراجع الهامش السابق وص ب 52 في البند 98 فيما بعد.

ونحن نضيف أن القبول بجواز القتل في التعازير قد فتح الباب لبعض المستبدين لاستباحة قتل خصومهم ومعارضهم (سياسة) كما فعلوا مع فقيهما وغيره. والقاعدة الأساسية هي ما قرره (في ص ب 34) من أن كل تلف أو جرح (لم يحدد لها الرسول دية أو أرشاً) فيه حكومة - وعرف الحكومة بأنها ما يحكم به القاضي بناء على تقدير أهل الخبرة - بحيث لا يمكن أن تصل الحكومة (التقدير) إلى الدية أو الأرش الذي عينه الرسول للتلف أو الجرح الذي يليه في الشدة.

تخصيص القاعدة الأصلية العامة (المتعلقة بسلطة القاضي التقديرية) بأنها لا تطبق إلا في الحالات التي لم يحدد لها الرسول دية أو أرشاً، فهذا محل نظر، لأننا نميل إلى القول بأن ما حدده الرسول (ص) هو الحد الأدنى بمعنى أنه لا يجوز أن يقل عن هذا المقدار الذي يستوى فيه جميع البشر طبقاً لمبدأ المساواة الإنسانية، لكن لا نرى حرمان الفقيه المجتهد من تقرير تعويض إضافي إذا رأى أن الضرر يتجاوز مقدار الدية. وعلى كل حال فهذا رأى يحتاج إلى مزيد من المناقشة والتمحيص، وكل ما نرجوه أن يكون محل تقدير من أهل الاجتهاد.

والظاهر أنه يسائر بعض الفقهاء الذين يرون أن كل عقوبة حدية (بما في ذلك القصاص والديات) هي عقوبات ذات حد واحد، ويعتقدون أن الغلو في تأكيد ذلك فيه مزيد من احترام النصوص وتقديسها. لكن هذا لا يعني أن الجرائم التي تطبق فيها تلك العقوبات لا يطبق فيها غيرها من التعازير كلما تعطل تطبيق الحد أو القصاص لسبب مشروع، ولا أن تضاف بعض التعازير إلى العقوبة الحدية في حالات معينة.

وقد لاحظنا من قبل أن هذا القول فيه تجاوز لمبادئ عديدة - منها فتح باب التوبة والتشجيع عليها - ومبدأ توسيع سلطة القضاء في التعازير ووجوب التعزير في حالة امتناع الحد لوجود شبهة - مع ضرورة إعطاء فكرة الشبهة المرونة الكافية التي تتناسب مع الاتجاه الشرعي لتوسيع مجال الاجتهاد للفقهاء والقضاء⁽¹⁾.

إن ما قدمناه من أن التعزير هو الأصل بالنسبة لجميع الجرائم لا يقصد به فقط أنه يطبق في حالة تعذر توقيع العقوبات الحدية لعدم توافر الشروط التي تلزم لذلك، بل يقصد به كذلك أن المبادئ التي وضعها الشارع للتعازير هي المبادئ العامة التي يجب مراعاتها في جميع الأحوال بقدر المستطاع.

(1) أمرت السنة بالاحتياط في توقيع العقوبات الحدية، فقد ورد في حديث روثه عائشة أم المؤمنين وأخرجه الترمذي قوله: "إدعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام إن يخطئ في العقوبة خير من أن يخطئ في العقوبة". وإذا كان الزجر بالشدة في الحد المقرر بالنص، فلا بد من التخفيف بالاحتياط في الإثبات.

الفرع الثاني

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم القصاص والدية

٩٢- أثر القاعدة في جرائم القصاص والدية : طبقت الشريعة قاعدة عوده

أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص-٢٥- تطبيقاً دقيقاً في جرائم القصاص والدية، وليس أدل على ذلك من استعراض النصوص التي وردت في هذه الجرائم ...

والجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص هي : القتل العمد، وإتلاف الأطراف عمداً، والجرح العمد ...

أما الجرائم التي يعاقب عليها بالدية فهي جرائم القصاص إذا عفى عن القصاص-٢٦- أو امتنع القصاص لسبب شرعي، ثم القتل شبه العمد، والقتل الخطأ، وإتلاف الأطراف خطأ والجرح الخطأ ...

ففي جريمة القتل العمد يقول ﷺ : ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾ [الإسراء: ٣٣]، ويقول : ﴿يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾ [البقرة: ١٧٨]، ويقول جل شأنه : ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ [المائدة: ٤٥]، ويقول الرسول ﷺ : "من اعتبط مؤمناً يقتل فهو قود به إلا أن رضى ولي المقتول"-٢٧-". ويقول : "من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن أحبوا فالقود (أي القصاص) وإن أحبوا فالعقل (أي الدية)".

تعليق "رقم-٢٥-": بالمعنى الذي ذكرناه آنفاً ...

الصدر

تعليق "رقم-٢٦-": وطالب "الحجتي عليه أو ولي الدم" بالدية، ففي هذه الحالة يلزم الجرم بدفع الدية إليه، أما إذا عفا عن القصاص ولم يذكر الدية، فهل يجب على الجاني دفع الدية إليه؟ الرأي السائد في الفقه الجعفري هو عدم الوجوب؛ لأن الثابت في ذمة الجاني هو القصاص وقد عفا عنه الولي، وأما الدية فلا دليل على لزوم دفعها

الصدر

تعليق "رقم-٢٧-": ويقول الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) من قتل مؤمناً متعمداً قيد به إلا أن يرضى أولياء المقتول أن يقبلوا الدية، فإن رضوا بالدية، فالدية واجب ذلك القاتل.

الصدر

عنده

ويقول ﷺ : "في النفس مائة من الإبل" - ٢٨ - ...

فهذه النصوص تحرم القتل العمد وتجعل عقوبته القصاص إلا إذا عفا ولي القتل على الدية، فتكون العقوبة الدية، وهي مائة من الإبل.

وفي جريمة إتلاف الأطراف عمدا والجرح العمد يقول الله جل شأنه : ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون﴾ [البقرة: ١٧٩]. ويقول ﷺ : ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾ [المائدة: ٤٥]، ويقول ﷺ : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤]، ويقول ﷺ : ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ [النحل: ١٢٦]. فهذه النصوص صريحة في تحريم إتلاف الأطراف والجراح وفي جعل عقاب الجريمة القصاص في حالة العمد ...

وفي جريمة القتل شبه العمد يقول الرسول ﷺ : "ألا إن في قتل عمد الخطأ : قتل السوط، والعصا، والحجر، مائة من الإبل". فهذا النص يحرم القتل شبه العمد، ويعاقب عليه بالدية ...

الصلير

تعليق "رقم-٢٨-": الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن دية العمد مخيرة بين مائة من مسان الإبل، أو مائتي بقرة، أو مائتي حقة، أو ألف دينار، أو ألف شاة، أو عشرة آلاف درهم. ويستندون في حكمهم المذكور إلى روايات معتبرة عندهم، ويشهد لصحة قولهم ما في كتاب أعلام الموقعين عن مسند الإمام أحمد بن حنبل قال: قضى ﷺ في العين بنصف الدية خمسين من الإبل أو عدلها ذهبا أو ورقا، أو مائة بقرة أو ألف شاة ...

وإنما يلزم المجرم بدفع الدية المذكورة إذا اتفق الجاني وولي الدم على دفع الدية ولم يعينا جنسها ولا مقدارها، وأما إذا عينا غير هذه الأجناس أو غير هذه المقادير من هذه الأجناس نفسها فيلزم المجرم بما عناه واتفقا عليه ...

أما الدية الواجب دفعها لولي الدم في جريمة القتل إذا لم تكن الجريمة عمدية بل كانت شبهة بالعمد فدينها الدية المذكورة عنها، إلا أن الإبل لا يلزم أن تكون مسة، بل لها أسنان خاصة ذكرها فقهاء الإمامية في كتبهم الموسعة ...

الشواي

وأما في "تعليق-٢٨-": إن مقادير الديات المشار إليها تكون واجبة فقط في حالة عدم اتفاق الجاني وولي الدم على مقادير أو أنواع أخرى.

وفي جريمة القتل الخطأ يقول ﷺ: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليهما حكيماً﴾ [النساء: ٩٢]. ويقول ﷺ: "وفي دية الخطأ عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون". فهذان النصفان بحرمان القتل الخطأ ويعاقبان عليه بالدية، وبينان مقدارها وأوصافها-٢٩-...

وفي قطع الأطراف والجراح خطأ حدد الرسول العقوبة على أساس أن ما كان في الجسم منه عضو واحد كالأنف والذكر واللسان ففيه الدية كاملة، وما كان في الجسم منه عضوان ففيه نصف الدية، فقال ﷺ: "في الأنف إذا أوعب مارته جدعا الدية" وقال: "وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية" وقال: "في الصلب الدية". وقال: "في اليدين الدية، وفي الرجلين الدية". وقال: "في الأثنين الدية". وقال: "في الأذنين الدية". وقال: "في العين خمسون من الإبل". وقال: "في السن خمس من الإبل". وأوجب الرسول الدية في إذهاب المعاني، كالسمع والبصر والعقل... أما الجراح فقد حدد النبي عقوبة بعضها دون بعض، فجعل أرش الموضحة خمسا من الإبل، وأرش الهاشمة عشرا من الإبل، وفي الآمة والدامغة^(١) ثلث الدية، وجعل في كل جرح يصل إلى الجوف ثلث الدية...

تعليق "رقم-٢٩-": الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن دية الخطأ متفقة مع دية العمد في المقدار، ولكنها مختلفة في الأوصاف. والمعروف عندهم في أسنان الإبل أن عشرين منها بنت مخاض، وعشرين منها ابنة لبون، وثلاثين منها ابنة لبون وثلاثين حقة، ودليلهم في ذلك ما روي بطريق معتبر عن أمير المؤمنين أنه ذكرها بالأوصاف المذكورة، وأما الحديث الذي ذكره المصنف فلا يمكن الاعتماد عليه لأن الراوي له حنيف بن مالك يرويه عن ابن مسعود، وحنيف مجهول كما صرح بذلك ابن رشد في كتابه بداية الجتهل ولم يجد أحدا وثقه من علماء الرجال ..

(١) الموضحة والهاشمة والآمة والدامغة أسماء لجراح تصيب الرأس والوجه وتسمى الشجاج، والموضحة: هي التي تكشف عن العظم، والهاشمة هي التي تقسم العظم، والآمة: هي التي تصل إلى الجلد التي تغطي المخ، والدامغة: هي التي تصل إلى المخ نفسه. ويطلق الفقهاء لفظ الشجاج على جراح الرأس والوجه، أما ما عدا ذلك فيسمونه جراحا إلا ما يصل للتجويف الصدري والبطني فيسمونه جائفة ..

عوده

والقاعدة العامة في الشريعة: أن كل تلف أو جرح لم يحدد له الرسول دية أو أرشاً^(١) فيه حكومة، وهي ما يحكم به القاضي بناء على تقدير أهل الخبرة-٣٠- بحيث لا يمكن أن تصل الحكومة إلى مقدار الدية أو الأرش الذي عينه الرسول للتلف أو الجرح الذي يليه في الشدة. وهذه القاعدة مجمع عليها من الأمة... والدية في قطع الأطراف والجراح العمدية هي نفس الدية الواجبة في الخطأ، ولكنهما يختلفان في الوصف، فدية العمد مغلظة، ودية الخطأ مخففة طبقاً لأحاديث الرسول وفعله..

وإذن فالعقوبة في إتلاف الأطراف محددة تحديداً لا شك فيه بنصوص صريحة في معظم الأحوال، ويجهل لا شك فيه في بقية الحالات، والإجماع كما علمنا مصدر تشريعي من مصادر الشريعة الإسلامية، وهو ملزم للمكلف كما يلزمه النص الصريح... ومما سبق يتبين أن جرائم القصاص والدية منصوص عليها وعلى عقوباتها، وأن الشريعة عينت هذه العقوبات تعييناً دقيقاً بحيث لم تترك للقاضي حرية في اختيار العقوبة أو تقديرها، فكل مهمته أن يوقع العقوبة المقررة إذا ثبت لديه أن الجاني هو الذي ارتكب الجريمة بغض النظر عن ظروف الجريمة وظروف الجاني... ويلاحظ أن سلطة القاضي في جرائم القصاص والدية تماثل سلطته في جرائم الحدود ولا تفتقر عنها إلا في أن القاضي ملزم أن لا يطبق عقوبة القصاص أو الدية إذا عفا عنها الجاني عليه أو وليه، وأن يطبق العقوبة التي توجبها الشريعة أو يوجبها ولي الأمر في حالة العفو عن القصاص والدية...

المصدر

تعليق "رقم-٣٠-": وكيفية التقدير هو فرض الجاني عبداً، ويرى أن هذه الجريمة كم كانت تنقص قيمته في فرض عبوديته..

الشاوي

رأينا في "التعليقات من (٢٥ إلى ٣٠)": إن موضوع الدية سيكون محل بحث متصل في حاشيتنا على البند ٤٧٢ فيما بعد إن شاء الله...

(١) يطلق لفظ الدية على الدية الكاملة، ويطلق لفظ الأرش على بعض الدية...

{ب/٤٢}

وعقوبة القصاص وعقوبة الدية من العقوبات المقدرة؛ لأنها محددة النوع والمقدار ولكنها مقدرة حقا للأفراد، ومن ثم كان للمعني عليه أو وليه العفو عن العقوبة لأنها حقه، وصاحب الحق يستطيع أن يستوفيه وأن يتركه، أما ولي الأمر فليس له أن يسقط عقوبة القصاص أو الدية أو يعفو عن أحدهما، كما أنه لا يستطيع أن يسقط عقوبات الحدود أو يعفو عنها لأنه لا يملك إسقاط حقوق الله ولا حقوق الأفراد^(١) وإن كان عليه أن يستوفيها لأن استيفاءها من مقتضيات وظيفته ...

(١) يقسم الفقهاء الحقوق التي تنشأ عن الجرائم إلى نوعين: حقوق الله تعالى، وحقوق للآدميين، ويُعدُّون الحق لله ﷻ كلما كان خالصا لله أو كان حق الله فيه غالبا، ويُعدُّون الحق للعبد كلما كان خالصا له أو كان حق العبد غالبا فيه. وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التي تمس مصالح الجماعة ونظامها، وتنشأ حقوق الآدميين عن الجرائم التي تمس حياة الأفراد وحقوقهم. وحين ينسب الفقهاء الحق لله يعنون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة، وحين ينسبون الحق للأفراد يعنون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط إلا من الأفراد .. والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة، إنما تمس في النهاية مصلحة الأفراد، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة ولو كان محل الجريمة حقا خالصا للفرد. وفي هذا يقول أحد الفقهاء: "ما من حق لآدمي إلا والله فيه حق إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره". راجع شرح الزرقاني على مختصر خليل ج/٨ ص ١١٥. فإذا عُدَّت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة لذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد، وإذا عُدَّت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد، لذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة ... والأصل في الشريعة: أن فرض العقوبة واستيفاءها حق لله ﷻ، ولكن الشريعة جعلت استيفاء بعض العقوبات حقا للأفراد، كعقوبة القصاص والدية فلهم أن يتمسكوا بها أو يتنازلوا عنها، فإذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تعاقب الجاني بالعقوبة الملائمة لظروف الجريمة والمنجرم. وعلى هذا فإن جعل استيفاء بعض العقوبات حقا للأفراد لا يسلب الجماعة حقها في فرض عقوبات أخرى على هذه الجرائم، ولا يمنع من تنفيذ هذه العقوبات الأخرى بمعرفة الجماعة.

والخلاصة: أن الحق ينسب لله كلما كان خالصا لمصلحة الجماعة أو غلبت عليه مصلحة الجماعة، ونسبة الحق لله لا تفيد جل شأنه شيئا، وإنما تمنع الجماعة والأفراد من إسقاط الحق؛ لأن حق الله لا يملك أحد إسقاطه

خص المشرع جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وسلامة بدنه بنوع خاص من العقوبات البدنية هو القصاص لتكون متكافئة ومتماثلة مع الجريمة ذاتها، ويكون هذا رادعا ضروريا لحماية أرواح الناس وأبدانهم وتطبيقا كاملا لمبدأ المساواة بين البشر وعناية القرآن بهذه العقوبات لا تقل عن عنايته بعقوبات الحدود، وإفاضة الفقه في شروط تطبيقها تؤكد رأينا في أنه عُدَّ فرض هذه العقوبات القصوى مقصورا على حالات محدودة يتوافر فيها شروط عديدة للتأكد من وجود "الظرف المشدد" الذي يوجب تلك العقوبة القصوى.

وما قلناه بالنسبة لتوسيع سلطة القاضي في استبعاد تطبيق عقوبات الحدود نقوله هنا أيضا، فيطبق عليها مبدأ درء الحدود بالشبهات؛ بل وأضاف المشرع لذلك أنه مَيَّز هذه العقوبات بإعطاء الجنى عليه حق العفو عنها، وهذا يدخل في نطاق الشبهات التي تمنع الحكم بالعقوبة القصوى. والذي يحدث في العمل أن ذلك يكون مقابل حصوله على تعويض يرضيه، وهذا يبرر تنازله عن تلك العقوبة لكنه لا يسقط حق المجتمع في تعزيز الجاني .. مما يؤكد ما قدمناه من أن التعزير هو الأصل في جميع الجرائم. وليس خاصا بنوع محدود منها. كما أن هذا يؤكد أن التوسع في حماية حق الفرد في حياته وسلامة بدنه الذي تهدده هذه الجرائم والأخذ في الاعتبار رغبته وحقه في الانتقام من اعتدى عليه أو التنازل عنه، ليس معناه تجاهل حق المجتمع ذاته في متابعة مرتكبها وتعزيره وإصلاحه كما أشار لذلك صراحة في هامش-1- ص ب/ 35 حيث نقل عن بعض فقهاءنا ما يؤكد أنه ... ولذلك لا نوافق على وصف هذه الجرائم بأنها تمس حقوق الأفراد إذا كان يُفهم من ذلك عدم الاهتمام بحق الجماعة وهو الأصل في نظرنا في جميع الجرائم ...

والأصح هو أنها تضر بحقوق المجتمع أولا كغيرها من الجرائم، ويضاف لذلك أن للفرد الجنى عليه أو ولي الدم حقا خاصا في المطالبة بتوقيع القصاص، كما أن له العفو أو التصالح والتنازل عن حقه، مع بقاء حق الجماعة في التعزير الذي هو العقوبة الأصلية في جميع الجرائم. ويسرنا أنه أوضح ذلك في الهامش في الصفحة الأخيرة من البند (25).
إننا نرى أن حرصه على إبراز ما قرره الفقه من عناية بحق الجنى عليه أو ولي دمه في هذا النوع من الجرائم - ليس من الضروري أن يصل إلى تجاهل المبدأ الأساسي الذي أشار له مرارا وهو أن كل الجرائم تضر بالمجتمع - وتستحق التعزير لهذا السبب.

والحرص على حقوق المجنى عليه يوجب علينا أن نشير إلى أن التقديرات التي قررتها السنة في الدية والأرش هي في نظرنا الحد الأدنى الذي يجب الحكم به في جميع الحالات تطبيقاً لمبدأ المساواة الإنسانية - لكن ذلك لا يمنع أهل الاجتهاد (ومنهم القضاة بشروط معينة) من إجازة الحكم بتعويض مدني إضافي إلى هذه المقادير المقررة للدية تطبيقاً لمبدأ وجوب تعويض الضرر لأن "الضرر يزال".

إننا أشرنا إلى قول الرسول الكريم "رفع عن أمي الخطأ..." ولذلك نزيد رأي المعتزلة بأن فعل الخطأ لا يكون جريمة، وقلنا إن الطابع الديني لشريعتنا قد يحول دون حساب الدية المقررة في جرائم الخطأ عقوبة جنائية - والأصح أنها جزاء مدني وتعبدي يدفع الجاني للتوبة والاستغفار عن خطئه.

كما أن ما أورده في هذه التقديرات من أعداد الحقات والجذعات، وبنات لبون، وبنات مخاض - وغيرها من الإبل والدواب - إنما يجب أن يراعى فيه ظروف مجتمعاتنا حيث حلت النقود محل الإبل والدواب في التعامل .. ونرى أن يتولى أهل الاجتهاد ترجمة هذه المقادير إلى نقود مع ملاحظة أن النقود ذاتها تتغير قيمتها كما تتغير قيمة الإبل والدواب بتغير الأزمان وتطور المجتمعات.

ولذلك فإن تقدير الدية والأرش نقداً يجب أن يخضع هو أيضاً لظروف الزمان والمكان. أما ما قاله السيد الصدر عن التقدير حسب ثمن شراء العبيد، فلم يعد هناك محل لمناقشته بعد إلغاء الرق في عصرنا.

* * *

وكما أن المشرع الإلهي قد وسع في أسباب استبعاد العقوبة القصوى (القصاص) بإعطاء المجنى عليه وولي الدم حق العفو عنها والتصالح مع الجاني لكي يعطل تطبيق هذه العقوبة ويكتفي بالدية أو ما يضاف لها من تعويض يتفق عليه الطرفان؛ بل إن له حق التنازل عن الدية أو التعويض كذلك - كما أعطى المشرع قبل ذلك للقاضي حق تقدير الشبهات التي تؤدي إلى درء الحدود ومنع تطبيقها - فإن ذلك كله قصد به تشجيع الجناة والخاطئين على التوبة والعودة إلى طريق الصلاح والاستقامة - وتشجيع المجتمع كله على اتخاذ كل ما يلزم لإعطاء التوبة نتائج مشجعة للخاطئين لكي يصلحوا أحوالهم ويمارس المجتمع كله حق العفو عن عقوبتهم كلما تأكد له صدق الاتجاه نحو التوبة والالتزام بها، لكن المهم عندنا أن الذي يمثل المجتمع في ذلك هو القضاء وأهل الاجتهاد المترهين عن البواعث الشخصية و الأنانية.

الفرع الثالث

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير

٩٣- أشر القاعدة في جرائم التعازير: طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص-٣١- في جرائم التعازير أيضا، وكان من المنطقي أن تطبقها؛ لأن القاعدة من القواعد الأساسية في الشريعة فلا يمكن إهمالها. ولكن الشريعة لم تطبق القاعدة على الوجه الذي طبقتها به على جرائم الحدود، أو جرائم القصاص والدية، ولم تنقيد بالحدود الضيقة التي قيدت بها تطبيق القاعدة في تلك الجرائم، وإنما توسعت الشريعة في تطبيق القاعدة على جرائم التعازير إلى حد ما؛ لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضي هذا التوسع الذي جاء على حساب العقوبة في أغلب الأحوال، وعلى حساب الجريمة في القليل النادر...

وقد جاء هذا التوسع على حساب العقوبة؛ لأنه لا يشترط في جرائم التعازير أن يكون لكل جريمة عقوبة معينة محددة يتقيد بها القاضي كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية، فللقاضي أن يختار لكل جريمة ولكل مجرم العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات شرعت لعقاب الجرائم التعزيرية كلها، وللقاضي أن يخفف العقوبة وأن يغلظها...

وجاء التوسع على حساب الجريمة؛ لأنه يجوز في بعض الجرائم التي تمتاز بصفات معينة ألا ينص على الجريمة بحيث يعينها النص تعيينا كافيا، بل يكفي أن ينص عليها بوجه عام...

المصدر تعليق "رقم-٣١-": ويكفي النص على حرمة الفعل وإن لم يصرح فيه باستحقاق صاحبه العقاب...

الشاوي رأينا في "تعليق-٣١-": يقصد بالنص ماورد في الكتاب والسنة. ونحن نرى أنه في عصرنا لابد في التعازير من نص في تقنين فقهي أو سوابق قضائية معروفة، وإذا أخذنا بهذا المعنى فيجب في نظرنا أن يشير التقنين إلى العقوبة التعزيرية...

نحن حريصون على تأكيد رأينا في أن مبدأ الشرعية الذي يُعبر عنه بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" يجب أن يطبق في مجال التعازير في عصرنا الحاضر للأسباب ذاتها التي توجب أن يطبق في عقوبات الحد والقصاص .

وإذا كنا نعتقد ما يكرره الفقه من أن "الشرعية" لا تسير على النص على هذه الجرائم، فإننا نلفت النظر إلى ما قدمناه من أن كلمة الشرعية في هذا الصدد - كما في مناسبات كثيرة - إنما يُقصد بها المعنى الضيق المقصود به نصوص القرآن والسنة . أما وجوب النص الاجتهادي على عقوبات التعزير فهو لا يجادل فيه ولا ينكره . والفرق بين رأينا ورأيه، أنه يقول إن النص المقصود في هذه الحالات هو مبادئ الشرعية التي تحدد المعاصي والمحرمات وما يقرره الفقه والقضاء بشأنها . أما تحديد ما يستحق "التعزير" من هذه المعاصي ومقدار العقوبة المناسبة لكل منها، فهو يُترك أمره للقاضي المجتهد، كما يشير لذلك فقهاء كثيرون من أسلافنا . وكل ما نضيفه إلى رأيه أن القاضي كان يختص بذلك في نظرهم باعتبار أنه كان مجتهدا حسيما سار عليه الفقه من اشتراط الاجتهاد لتولى القضاء .

ولما كانت مجتمعاتنا قد وصلت إلى الاكتفاء بقضاة مقلدين ليسوا أهلا للاجتهاد في عصرنا، فإننا نرى ضرورة وجود جهة أخرى تقوم بالاجتهاد وتولى هذه المهمة وتضع نصوصا لتحديد الجرائم والعقوبات في نطاق "التعازير" يلتزم بها القاضي المقلد، وذلك اهتماما بمقاصد الشرعية، ونظرياتها العامة التي نصر على أنها أصبحت ضرورة في عصرنا وفي المستقبل .

* * *

والأصل هو أن المختص بذلك هم أهل الاجتهاد . ونحن نرى أن ما حدث للقضاة من أنهم لم يعودوا من المجتهدين له ما يماثله في مجال الفقه؛ إذ أصبح الاجتهاد الفردي معطلا أو مستحيلا بسبب الشروط العديدة التي استقر فقهاؤنا على ضرورة توافرها لدى الأئمة الذين لهم حق الاجتهاد كأفراد . ولذلك قلنا في بحثنا في كتاب "فقه الشورى"⁽¹⁾ إن الاجتهاد قد أصبح الآن محصورا في نطاق العمل الجماعي، سواء كان مرسلا أم منظما في إطار مؤسسات ومجالس للاجتهاد، تختار بالشورى الحرة مع اشتراط قدر من العلم والخبرة اللازمة في العلماء وأهل الذكر من الخبراء في مختلف التخصصات .

(1) يُراجع البند (36) بعنوان "التقنين بين الشورى والاجتهاد والتقليد والإجماع"

وبرغم تقديرنا لما يلمسه كثيرون من الحاجة إلى وجود مؤسسات أو مجالس منتظمة ومستقرة لتتولى مسؤولية الاجتهاد؛ بل والإجماع، فإننا نعتز بالفضل لأسلافنا لأنهم لم يسعوا لذلك ولم يقوموا بإنشاء مجالس أو مؤسسات رسمية لهذا الغرض في الماضي، وسوَّغنا ذلك بأن الأوضاع السياسية جعلتهم يخشون تدخل "السلطين" ورؤساء الدول وأشباههم ممن يمارسون السلطة التنفيذية التي استولوا عليها بالعصية أو القوة والقهر، وكانوا يخشون أن يستغلوا لقرض أهوائهم على تلك المؤسسات "الرسمية". ولذلك اكتفوا بالتشاور المرسل عن طريق كتب الفقه والآراء التي يعلنها العلماء والفقهاء في المساجد والكتب ويناقشها ويقرها أهل الذكر والفكر والرأي متفرقين دون أن تجمعهم مؤسسة رسمية أو مجلس نظامي يتعرض لضغوط السلطين والحكام وأهوائهم.

ومما يؤسف له أن الأوضاع السياسية في كثير من مجتمعاتنا لم تتغير كثيراً - وأن وجود مؤسسات رسمية للشورى في نطاق الاجتهاد والإجماع مازال يعرضها لتدخل الرؤساء و"السلطين" والمستبدن الذين يغتصبون السلطة بغير طريق الشورى الحرة ويفرضون بها على المجتمع فتاوى من يسموهم "فقهاء السلطين".

لهذا السبب، فإن كل ما استطاعه علماءنا ومفكرونا ومن يمثلون شعوبنا في جيلنا الحاضر هو إعداد مشروعات التقنين في أبحاث وكتب أو لجان علمية لها قيمتها التي نعتز بها ونطالب بمواصلة العمل على هذا النوال ... في مجال تقنين أحكام الفقه، وخاصة في مجال التعازير ...

ونعتقد أنه للآن لم تستقر النظم السياسية في كثير من الأقطار الإسلامية على احترام مبدأ حرية الشورى الذي تفرضه الشريعة وقرره الفقهاء عادة في مجال "بيعة المكره" ... التي أجمعوا على بطلانها. وهذا المبدأ ذاته يجب تطبيقه على الناهيين، ويترتب عليه بطلان الانتخابات أو الاستفتاءات التي لا تتوافر لها جميع ضمانات الحرية، وبالتالي عدم شرعية السلطة القائمة في المجتمع التي تدعى لنفسها شرعية مبنية على التزوير والإكراه والتزيف.

وطالما استمر هذا الوضع، فإن وجود مجالس للاجتهاد أو الإجماع يصبح ضرره أكثر من نفعه، لأن المستبدن لن يسمحوا بوجودها أو انعقادها كلما توهموا أن ما تقرره من فتاوى أو تقنينات سوف يعرض احتكارهم للسلطة ويواصل دعوتهم للالتزام بمبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها وحريتها في اختيار نظمها السياسية ومن يتولون الأمر فيها وحققها في محاسنهم وتحديد سلطتهم وعزلهم عند الاقتضاء.

توصلنا في كتابنا فقه الشورى إلى أن أى هُضة أو إصلاح في العالم الإسلامى كله أو بعض أقطاره لا بد أن تكون بدايته هى الإجماع على الالتزام بالشورى الحرة سواء في النظم السياسية أو في مجال الفقه والاجتهاد من باب أولى .
إن تدخل الحكام في شئون الفقه والتشريع يتنافى تماما مع مبدأ سيادة الشريعة الإلهية واستقلالها عن مراكز السلطة السياسية في الدول المختلفة في الماضي أو الحاضر أو المستقبل .

لهذا، فإننا نطالب بالتقنين الشرعى للتعازير على أن يكون في إطار ما تفرضه شريعتنا من استقلال العلم والفقه وعدم محاولة ذوى السلطان التدخل في الفتاوى والآراء الفقهية، ويقتضى ذلك إبعاد "فقهائى السلاطين" وفتاويهم عن مجال الفقه والتشريع الإسلامى سواء في مجال الأحكام الجنائية أو غيرها .
إن استمرار بعض الحكام في استيراد القوانين الأجنبية أو فرض تشريعات وضعية لا تلتزم بأصول شريعتنا ومبادئها، هو في نظرنا أقل خطرا على الإسلام من محاولتهم إيجاد تشريعات أو فتاوى تنسب إلى الإسلام وهم أول من يعلم أنها لا تقتل إلا مصالحهم وأهواءهم ...

لذلك فإن تطبيق الشريعة الذى نطالب به يبدأ بتطبيق مبدأ حرية الشورى واستقلال أهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين يتولون استنباط الأحكام من مصادر شريعتنا ونظرياتها ومبادئها العامة، حتى لا تفرض على الناس أهواء الميسطرين والمستبدين التى يصفها فقهاء السلاطين ومن حوّلهم من المنافقين بأنها أحكام الشريعة وهى مناقضة لمبادئها وأصولها .

ونحن نرى أن الذين يلتزمون بوضع النصوص المثبتة لجرائم التعازير ليسوا هم ممثلى سلطات الدولة كما يدعى بعض المعاصرين - وليسوا هم القضاة فقط كما يفهم من كتب التراث - وإنما هم في عصرنا أهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين تختارهم الأمة وتفوضهم في ذلك بالشورى الحرة؛ لأن القضاة في عصرنا ليسوا مجتهدين كما كان الفقه يشترط من قبل. أما الحكام، فليسوا مجتهدين على أى حال في حين أن فقهاءنا كانوا يشترطون فيمن يتولى الخلافة أو الإمامة أو القضاء أن يكون مجتهدا .

٩٤ ما لقر التعزير؟ : ولأجل أن نبين أثر القاعدة تماما في جرائم التعازير، يجب أن نعرف قبل كل شيء ما هو التعزير؟ والتعزير : هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود^(١)، أي هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأبها عقوبات معينة محددة، فهو يتفق مع الحدود^(٢) من وجه وهو أنه تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب ... ولكنه يختلف عنها من وجهين^(٣) :

أولهما : أن لكل حد عقوبة معينة أو عقوبات لأمحيص من توقيعها على الجاني، أما في التعزير فهناك مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهي بالجلد والحبس، وقد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة، ويترك للقاضي أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة لحال المجرم ونفسيته وسوابقه. وللقاضي أن يوقع أكثر من عقوبة، وله أن يخفف العقوبة أو يشدها، وله أن يوقف التنفيذ إن رأى في ذلك ما يكفي لردع الجاني وتأديبه. ثانيهما : أن عقوبة الحد لا يجوز لولي الأمر فيها العفو، أما عقوبات التعازير فلولي الأمر العفو عنها كلها أو بعضها ...

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦١ ...

(٢) المقصود بالحدود : العقوبات المقدرة، وهي المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ...

(٣) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦، ٢٠٧ ...

توسع الفقيه الشهيد في بحثه عن تطبيق مبدأ الشرعية في نطاق التعازير⁽¹⁾، مما يدل على أهمية هذا الموضوع من النواحي النظرية والعملية .
وسبب الأهمية النظرية هو أن الشريعة (المعنى الضيق، أى الكتاب والسنة) لم تورد نصوا خاصة بعقوبة جميع الجرائم ولا بتحديد الأفعال المكونة لها، وإنما فعلت ذلك بالنسبة لعدد محدود وقليل من الجرائم المعاقب عليها بعقوبات الحدود أو القصاص والدية، واكتفت بتفويض "أولى الأمر" في غير حالات توافر شروط تطبيق تلك العقوبات المقدرة.

هذا التفويض له أهمية خاصة لأنه يؤكد مرونة التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية (المعنى العام) وقابليته للتطور مراعاة لظروف الزمان والمكان واحتياجات المجتمعات المتزايدة بسبب نمو أسباب الحضارة التي تزيد النظم الاجتماعية تعقيدا. والتشريع الجنائي هو من أهم أركان النظام الاجتماعي في حياة الشعوب والأمم .
لذلك رأينا أنه من الناحية العلمية لا بد من بحث واسع لتحديد المقصود بأولى الأمر في نظر الشريعة فيما يتعلق بهذه الناحية، ناحية التشريع الجنائي والتشريع بصفة عامة .
وهنا تظهر الأهمية العملية لهذا البحث، لأن الطبيعة الاجتماعية للقوانين تجعلها مرتبطة إلى حد كبير بالأوضاع السياسية المتقلبة والمتعددة، التي لا تخضع للشرائع بقدر ما تتبع تطور المجتمعات التي تتأثر بالعرائز والتقاليد الموروثة والتزعزعات العرقية والأثنية والأوضاع الاقتصادية. ويقدر ما عني الشارع الحكيم بفرض الأصول والمبادئ العامة للتشريع الجنائي، فإنه فتح الباب لشعوبنا وأمتنا لكي تساهم في تحديد التشريعات ونموها وتطورها عن طريق الاجتهاد "والإجماع"، على أن يقوم "أولو الأمر" في كل مجتمع بدور إيجابي متواصل ومتجدد في وضع النصوص اللازمة للعقوبات التعزيرية والجرائم لشرى الشريعة (بالمعنى الواسع) وتطور أحكام التشريع الجنائي فيها عن طريق ما يسميه فقهاؤنا "التعازير"⁽²⁾.

(1) خصص لها في كتابه البنود 93 - 113 وعددها واحد وعشرون في حين اكتفى ببند واحد للحدود وبند واحد للقصاص والدية .

(2) هذا هو ما عني الشهيد عودة بتأكيده صراحة في بداية البند 199 فيما بعد .

في كلامه عن تقسيم الجرائم بحسب جسامه العقوبة⁽¹⁾، عرف جرائم التعازير بأنها الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير. ومعنى التعزير هو التأديب. وأضاف أن الشريعة جرت على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزيرية. وقد يظن القارئ أن هذا يتناقض مع كلامه تحت عنوان " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم التعازير"⁽²⁾، عندما أكد أن الشريعة طبقت هذه القاعدة في جرائم التعازير أيضا.

لكن هذا التناقض يزول عندما نتذكر ما قلناه فيما سبق من أن لفظ الشريعة له معنى ضيق هو نصوص الكتاب والسنة، ومعنى واسع يشمل إلى جانب هذين المصدرين السماويين اجتهادات الأمة وإجماعها (بواسطة علمائها المجتهدين أساسا). فالقرآن والسنة عنيا بالنص على حالات قليلة محدودة تفرض فيها عقوبات الحدود والقصاص والدية، وترك للاجتهاد والإجماع مهمة النص على الحالات التي تطبق فيها عقوبات أو جزاءات تعزيرية، وعلى تحديد العقوبة أو الجزاء في كل منها، وهو ما نسميه التقنين الشرعي للتعازير لأنه يلزم لشرعيته أن يكون في نطاق المبادئ والنظريات العامة في الشريعة فيما يتعلق باحترامات والمعاصي وعلى أساسها.

وعلة ذلك أن الجرائم (أى الأفعال) التي ورد نص في القرآن والسنة بعقوبة معينة لها (الحدود والقصاص والكفارة) تكون محرمه دائما، أما ما يحرمه أولو الأمر اليوم فيجوز أن يباح غدا إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة⁽³⁾ كما صرح بذلك.

معنى ذلك أن "أولى الأمر" يستطيعون "تطوير" التشريع وتغيير النصوص الفقهية التي تجرم بعض الأفعال وتعاقب عليها بعقوبة تعزيرية، لكنهم لا يستطيعون تغيير ما قرره النصوص المقدسة من تجريم الأفعال التي قررت لها الشريعة في مصادرها السماوية - الكتاب والسنة - عقوبات الحدود والقصاص والدية.

لكن الفقه قد استقر على أن هذه الأفعال ذاتها يمكن الحكم فيها بعقوبة تعزيرية إذا رأى القاضي ذلك في حالات عدة، أهمها :

(1) البند 51 .

(2) تعليقنا على البند 9 .

(3) نهاية البند 51 .

- 1 - إذا استبعدت عقوبة القصاص والدية بسبب عفو الجاني عليه أو ولى أمره أو لظافر أى مانع من الموانع أو الشبهات التي لا تزيل صفة الجريمة عن الفعل .
- 2 - إذا استبعدت عقوبة الحد لوجود شبهة طبقاً لقاعدة " ادعوا الحدود بالشبهات (وهي تشمل في نظرنا الظروف المخففة) " .
- 3 - إذا رأى القاضى أن يضيف إلى عقوبة الحد أو القصاص أو الدية تعزيرات تكميلية؛ على ما ذهبت إليه المذاهب الأربعة⁽¹⁾ .
- 4 - قد بينا فيما سبق رأينا أن الأصل هو أن جميع الجرائم جزاءاتها تعزيرية وأنه في حالة النص على عقوبة الحد أو القصاص أو الدية فإنها تكون الحد الأقصى للعقوبة الذى يجب تطبيقه عند توافر شروط معينة تكون في نظرنا ظرفاً مشدداً .
وبينا على ذلك :

- أ - أن جرائم الحدود والقصاص والدية ليست عقوباتها ذات حد واحد كما يفهم من كلام كثير من الفقهاء، وإنما تكون العقوبة التعزيرية هي الحد الأدنى عند عدم توافر الظرف المشدد، وأنه يجب دراسة كل جريمة على حدة لمعرفة الظرف الذى استدعى التشديد وشروطه .
- ب - أنه في حالة وجوب تطبيق تلك العقوبات القصوى لا نرى جواز الإضافة إليها لأنها هي الحد الأقصى، فلا نرى جواز إضافة عقوبة أخرى إليها . لأنها تكفى وحدها - وإن جاز اتخاذ تدابير الاحتراز والوقاية التي تدخل في نطاق التعازير .

(1) البند (97) - وإن كنا اعترضنا على ذلك في تعليقنا على البند (91)، إذ لم يجز فقط إضافة تدابير وقائية؛ وهي تدخل ضمن "التعازير" برغم أنها لا تُعدّ عقوبات جنائية .

٩٥- الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير: لم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير، ولم تحددها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان، كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وإنما نصت على ما تراه من هذه الجرائم ضارا بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام، وتركت لأولي الأمر في الأمة أن يحرموا ما يرون بحسب الظروف أنه ضار بصالح الجماعة أو أمنها أو نظامها، وأن يضعوا قواعد لتنظيم الجماعة وتوجيهها ويعاقبوا على مخالفتها. والقسم الذي ترك لأولي الأمر من جرائم التعازير أكبر من القسم الذي نصت عليه الشريعة وحددته. ولكن الشريعة لم تترك لأولي الأمر حرية مطلقة فيما يحلون أو يحرمون، بل أوجبت أن يكون ذلك متفقا مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية ...

٩٦- أقسام التعزير: ينقسم التعزير ثلاثة أقسام:

(١) تعزير على المعاصي. (٢) وتعزير للمصلحة العامة.

(٣) وتعزير على المخالفات ...

والأول: فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها، ويُعدّ إتيانها معصية ...

والثاني: فرض على أفعال وحالات لم تحرم لذواتها وإنما حرمت لأوصافها، ولا يشترط في الفعل أو الحالة الحرمة أن يكون معصية ..

والثالث: فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها، ويُعدّ إتيانها مخالفة ولا يُعدّ معصية ...

والفرق بين هذه الأقسام الثلاثة أن الفعل في القسم الأول يكون محرما دائما ومعدودا معصية، وفي القسم الثاني لا يكون الفعل محرما إلا إذا توافر فيه وصف معين؛ لأن الفعل ذاته ليس معصية، أما في القسم الثالث فيكون الفعل مأمورا به أو منهيا، ولكن إتيانه يُعدّ مخالفة لا معصية ...

نكرر هنا ما قلناه دائما من أن عبارة "أولى الأمر" تعطى فرصة للمنافقين وفقهاء السلاطين للزعم بأن المقصود بهم من يمارسون سلطات الدولة فعلا، حتى ولو كانوا قد اغتصبوها أو تسلطوا عليها بالقوة والغلب.

لذلك نرى أنه من الأولى التذكير بأن أولى الأمر الذين تعترف لهم شريعتنا بالحق في تقنين التعازير، أي تحديد الجرائم وعقوباتها، ليسوا هم "السلاطين" أو الحكام وإنما هم من يختارهم الأمة بالشورى الحرة من أهل الفقه وأهل الذكر الذين تفوضهم الأمة للقيام بمهمة الاجتهاد والإجماع والتقنين.

لقد أشار فقيها إلى أنه ليس في الشريعة ما يمنع "أولى الأمر" من جمع المعاصي في كتاب خاص تبين فيه واحدة واحدة مرتبة بحسب نوعها أو عقوبتها أو محلها أو غير ذلك من أوجه الترتيب والتنظيم⁽¹⁾. وهو يقصد بذلك عملية التقنين.

ونحن نرى أن التقنين ضروري وواجب، بشرط ألا يكون وسيلة لتحويل التشريع الجنائي إلى قانون وضعي يعبر عن إرادة الدولة وذوى السلطان فيها، أي أنه يجب في نظرنا أن يتم معرفة المجتهدين من الفقهاء والقضاة أهل الاجتهاد لأهم ولاية الأمر في مجال التشريع والقضاء عموما، وأن يكون التقنين قائما وسابقا على ارتكاب الفعل المعاقب عليه - وأن دور رؤساء الدول هو تنفيذ الأحكام التي يقررها أهل الاجتهاد الذين يمثلون الأمة.

لقد ابتليت شعوبنا في كثير من فترات تاريخها الإسلامي بمن فرضوا سلطانهم عليها بالقوة والغلب والإكراه، وعطلوا الشورى الحرة التي شرعها القرآن وفرضها، لكن بغيتهم لم يصل إلى حد ادعاء سلطة التشريع أو التقنين لأنفسهم، بل التزموا باحترام استقلال الشريعة واختصاص المجتهدين والفقهاء والعلماء بكل ما يتصل بالفقه والتشريع قانعين بممارسة السلطة التي تمكنهم في كثير من الأحيان من ارتكاب أعمال لا تميزها الشريعة، لكنها تبقى أعمالا فردية تنسب لهم لا إلى الفقه ولا إلى الشريعة. لكن في العصر الحاضر، عندما عطلت أحكام الشريعة واتجه كثير من أصحاب السلطة إلى استيراد قوانين وضعية من الخارج لتحل محل أحكام الشريعة والفقه، استوردوا معها دساتير تعطى لهم "سلطة التشريع الوضعي" بأنفسهم أو بواسطة أعوان ومجالس زائفة يصنعونها على هواهم، فأعطوا البغيهم وظلمهم صفة "الشرعية"، وأقاموا من يطالبون بالالتزام بالشريعة الإلهية بأنهم خارجون على الشرعية التي يدعونها لأنفسهم ولمن يؤيدونهم من المنافقين وفقهاء السلاطين - فأصبحنا نواجه اليوم طغيانا وبغيا لم نعرفه شعوبنا في تاريخها، لأنه طغيان يدعى لنفسه الشرعية وينكرها على من يتمسكون بالشريعة السمحاء ومبادئها وعلمها وفقهها.

(1) البند (99).

بإدراك الشهيد جهدا كبيرا في الكلام عن المعاصي التي تستوجب التعزير، والنصوص التي استدلت بها على ذلك، ليكون ذلك في نظره دليلا على أن الشريعة تطبق قاعدة ألا جريمة ولا عقوبة إلا بنص⁽¹⁾ وهو جهد محمود. لكن ذلك لم يعد يغني في عصرنا عن التقنين المكتوب والمعلن قبل ارتكاب الفعل المعاقب عليه - لتعدد الاجتهادات واختلاف المذاهب. فمن حق الفرد العادي أن يعلم الرأي أو المذهب الذي سيطبقه القاضي عليه، وأن يكون هذا العلم ممكنا له وميسرا قبل وقوع الفعل الذي يحاسب عليه...

ووصف الفعل بأنه معصية يستمد من نصوص الكتاب والسنة - هذا كان يكفي في نظر أسلافنا لقولهم إن حكم القاضي بالتعزير على المعصية لا ينشئ الجريمة وإنما أنشأها النص على المعصية - وهذا يكفي لتطبيق مبدأ لاجرمية إلا بنص كما أن تنوع التعازير ثابت منذ فجر الإسلام وما يفعله القاضي هو مجرد الاختيار فيها. وردنا على ذلك أن هذا كان جائزا للقاضي المجتهد، لأن اجتهاده مكمل للنص. أما في عصرنا فلم يعد ذلك ممكنا لأن قضائنا مقلدون لا مجتهدون.

وما ذكره عن التفرقة بين المعاصي المحرمة بداتها، والمحرمة بأوصافها دون أن تكون محرمة لذاتها، وما يسميه مخالفات من الأفعال التي تهدد المصلحة العامة دون أن تكون معصية بنص شرعي، فإن هذا يدخل في نطاق ما يمكن أن يسمى بالأنظمة، وتسير بعض النظم العصرية على أنها منفصلة عن الأحكام الشرعية وأنها ملزمة طالما أنها لا تتعارض معها بأي حال من الأحوال.

ويلاحظ اتجاه الأنظمة إلى التضخم بسبب زيادة المشكلات المستحدثة التي لا حكم لها في الفقه - ومع ذلك نرجو عدم الخلط بينها وبين القوانين الوضعية - وإن كانت نصوصها لا تشير إلى هذه التفرقة بينها وبين القوانين الوضعية التي تتميز بعدم اهتمامها بالأصول الدينية أو الأخلاقية التي تشير إلى المعاصي أو المحرمات التي تستحق التعزير - بل تعامل الكل على أساس المحافظة على المصلحة العامة دون إشارة إلى المبادئ الشرعية. ولا شك في أنه من الأولى وصلها بأصول الشريعة وقيمتها ومبادئها لتكون تحت مظلة "النظريات العامة". ولذلك فإننا نتحفظ على قوله إنها تعدّ تعزيرات دون الإشارة إلى دخولها في نطاق النظريات التشريعية المؤسسة على مبادئ الشريعة العامة التي تشير إليها النصوص الشرعية.

(1) البند (101).

القسم الأول في التعزير على المعاصي

عوده ٩٧- التعزير على المعاصي: من المتفق عليه أن التعزير يكون في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، سواء كانت المعصية لله أو لحق آدمي.^(١) ومعنى أن المعصية لله أنها تمس حقوق الجماعة أو أمنها أو نظامها، ومعنى أنها لحق آدمي أنها تمس حقوق الأفراد... والمعاصي هي إتيان ما حرّمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبه من الواجبات^(٢)... ويعرف المحرم بأنه ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلباً حتماً، بأن تكون صيغة طلب الكف دالة على الحتم، مثل قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ [المائدة: ٣]، أو أن يكون النهي عن الفعل مقترناً بما يدل على أنه حتم، -٣٢- مثل قوله تعالى: ﴿ولا تقرّبوا الزنا إنه كان فاحشة﴾ [الإسراء: ٣٢]، وقوله: ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾ [الإسراء: ٣٣]، أو أن يكون الأمر بالاجتناب مقترناً بذلك، -٣٣- نحو قوله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة: ٩٠]، أو أن يكون طلب الكف مقترناً بترتيب عقوبة، مثل قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤]..

المصدر تعليق "رقم-٣٢-": الرأي السائد بين المحققين من علماء الشيعة الإمامية هو استفادة الحرمة من النهي وإن لم يقترن بما يدل على الحرمة، ما لم يقترن بما يدل على عدمها...

المصدر تعليق "رقم-٣٣-": الرأي السائد بين المحققين من فقهاء المذهب الجعفري هو استفادة الوجوب من الأمر، وإن كان مجرداً عن قرينة تدل على الوجوب، ما لم يقترن بما يدل على عدم الوجوب...

الشاوي رأينا في "تعليقي-٣٢-،-٣٣-": كلها متعلقة بتفسير النصوص الشرعية (في الكتاب والسنة)، وهو عمل اجتهادي في نظرنا تختلف فيه الآراء؛ ولذلك فإننا نرى أنه قد أصبح من الواجب في عصرنا والعصور التالية وجود نصوص تقنية فقهية تحدد ما يُعدّ جريمة وتشر إلى العقوبة التعزيرية لكل جريمة، حتى يسهل على المكلفين العلم بالجرائم المعاقب عليها، ونسهل مهمة قضائنا الذين أصبحوا مقلدين غير مجتهدين في معظمهم على الأقل...

- (١) المهذب ج/٢ ص ٣٠٦، مواهب الجليل ج/٦ ص ٣١٩، ٣٢٠، المغني والشرح الكبير ج/١٠ ص ٣٤٧، حاشية ابن عابدين ج/٣ ص ٢٥١، الزيلعي ج/٣ ص ٢٠٧...
(٢) المعنى الفني للمعصية يقابل تماماً بالمعنى للجريمة في استعمالنا القانوني...

عوده ويعرف الواجب بأنه ما طلب فعله من المكلف طلباً حتماً بأنه اقترن طلبه بما يدل على تحميم فعله مثل، قوله تعالى: ﴿ولكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾ [آل عمران: ١٠٤]، ومثل قوله: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ [النساء: ٥٨]، ويختلف المحرم عن المكروه. فالمكروه هو ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلباً غير حتم، فإن كان الطلب حتماً فهو المحرم. ويختلف الواجب عن المندوب، فالمندوب هو ما طلب فعله من المكلف طلباً غير حتم، فإن كان الطلب حتماً فهو الواجب ...

وقد يشبه المحرم بالمكروه، ويشبه الواجب بالمندوب، وفي هذه الحالة يعتمد على القرائن لبيان نوع الطلب. فإن دلت القرائن على الكف المحتم فهو المحرم، وإن دلت على الفعل المحتم فهو الواجب. أما إذا دلت على الكف غير المحتم فهو المكروه، وإن دلت على الفعل غير المحتم فهو المندوب. ومن أهم القرائن المدونة في حالة الاشتباه قرينة العقوبة، فإن فرضت على مخالفة الطلب عقوبة فالفعل محرم أو واجب، وإن لم تفرض عقوبة فالفعل مكروه أو مندوب-٣٤- ما لم يستفد الحتم من قرينة أخرى. ولهذا-٣٥- يعرف بعض علماء الأصول المحرم: بأنه ما استحق فاعله العقوبة، ويعرف الواجب: بأنه ما يستحق تاركه العقوبة، ويعرف المكروه: بأنه ما لا يستحق فاعله العقوبة وإن استحق اللوم، ويعرف المندوب بأنه ما لا يستحق تاركه العقوبة وقد يستحق اللوم، وهي تعريفات غير دقيقة كما يرى البعض الآخر^(١).

الصدر تعليق "رقم-٣٤-": لا يكون عدم ذكر العقاب على الترك والفعل قرينة على عدم الوجوب والحرمة بنظر محققي علماء الشيعة بدهية أن العرف يفهم الإلزام من نفس الأمر والنهي وإن لم يشتمل على تهديد بالعقاب، ويشهد بذلك خلو أكثر الأوامر والنواهي من التهديد بالعقاب مع استفادة العرف والفقهاء منها الإلزام.

الصدر تعليق "رقم-٣٥-": إن التعاريف المذكورة إنما يستفاد منها الملازمة بين ترك الواجب وإتيان الحرام وبين استحقاق العقاب، ولا تدل على أن الأمر والنهي لا يستفاد منهما الإلزام إلا مع اشتمالهما على استحقاق العقاب لتكون مزية لما ادعاه المؤلف...

الشافي رأينا في "تعلقي-٣٤-+٣٥-": راجع رأينا السابق...

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج/١ ص/١٦٠-١٧٤، علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ٩٧-٨٩.

النوع الأول من جرائم التعازير يدخل فيه الأفعال التي يستفاد من نص تكليفي في الشريعة (بالمعنى الضيق - أى الكتاب والسنة) أنها محرمة، سواء كان التحريم صريحاً بالأمر باجتنابها أو كان مستفاداً ضمناً لكونه تركاً أو مخالفة لواجب شرعى نص عليه القرآن. والنصوص التي أشار إليها كلها آيات قرآنية، وهنا تظهر أهمية النصوص التكليفية في التعازير .

والتمييز بين التحريم وما يعد مجرد كراهة، وكذلك بين ما يعد واجباً وما هو مجرد ندب أو تفضيل، هو من خصائص شريعتنا، لأن هدفها الأول كما قدمنا هو "التربية المثلى"، وهذه التربية لا تكفى بالأمر والنهي أو التحريم والإيجاب الصريحين أو المباشرين، بل يضاف إليهما ما يعد ديانة مجرد ترغيب وتحسين (ندب) أو تنفير وتبغيض (كره)، دون أن يصل كل منهما إلى حد الأمر الصريح بالنهي أو الوجوب. إن هذا كله ناتج عن الأهداف الدينية لشريعتنا التي توجب اهتمامنا بتربية إرادة الأفراد ودفعهم إلى مستوى السلوك المثالى الذى يهدف إلى الوصول إلى درجة من الكمال لا تكفى بمراعاة الأوامر والنواهي - بل يضاف لها إيجاد الرغبة فيما يعد أنه أفضل من ذلك - وهو اجتناب ما هو مكروه (دون أن يكون محرماً) أو القيام بما هو مندوب (دون أن يكون واجباً).

وقد أشار إلى أن التمييز بين ما هو محرم وما هو مكروه فقط، أو بين ما هو واجب وما هو مندوب فقط قد يكون صعباً إذا اكتفينا بصيغة النص، ولذلك لا بد من الاستعانة بالقرائن وبخاصة التصريح بالعقاب أو بالثواب .

وهذا كله لا مجال له في القوانين الجنائية الوضعية، فهي لا تعترف إلا بالنص على العقاب - وليس فيها مجال للأحكام التكليفية ولا لجرد الكراهة أو الاستحسان والتفضيل .

عوده

٩٨- أنواع المعاصي : يقسم الفقهاء المعاصي إلى ثلاثة أنواع :
النوع الأول : ما فيه الحد،^(١) وقد تضاف إلى الحد الكفارة، مثل: القتل والسرقة والزنا وغير ذلك من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية. ولا يدخل تحت هذا النوع إلا جرائم الحدود وعددها سبع، -٣٦- وجرائم القصاص والدية، وعددها خمس؛ لأن هذه الجرائم دون غيرها هي التي تعاقب عليها الشريعة بعقوبة الحد أي بعقوبة مقدرة... والأصل في هذا النوع من المعاصي أن عقوبة الحد تغني فيه عن التعزير، لكن ليس ثمة ما يمنع أن يجتمع التعزير-٣٧- مع عقوبة الحد إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، وهذا هو اتجاه المذاهب الأربعة...

المصدر

تعليق "رقم-٣٦-": مر عليك قريبا أن علماء الفقه الجعفري يضيفون إلى هذه الجرائم السبع ثلاثا أخرى أوجبوا فيها الحد الشرعي، وهي اللواط والمساخنة والقيادة...

المصدر

تعليق "رقم-٣٧-": المانع عن ذلك أدلة الحدود نفسها الدالة على تحديدها بمقدار خاص، فإن الاستفادة منها عرفا المحصار العقاب فيها، إلا إذا كانت الجريمة في مكان أو زمان يوجب عظمها، كان يزي في أحد المساجد، أو في شهر رمضان، فإن للحاكم الشرعي أن يضيف إلى الحد عقوبة زائدة حسبما يراه من المصلحة، كما صرح بذلك جماعة من أكابر فقهاء المذهب الجعفري...

الشاوي

رأينا في "تعليق-٣٧-": يعترض على القول بأنه يجوز الجمع بين الحدود والتعزير في جريمة حدية، ونحن نوافق على العلة التي ذكرها، ولوافق على استثناء حالة توافر ظرف مشدد معين آخر يستلزم تغليظ العقوبة كما في الأمثلة التي ذكرها...

ونضيف حالة أخرى هي أن يكون التعزير المضاف مجرد تدبير وقائي وليس عقوبة جنائية، لأن التعازير كما نقول دائما ليست كلها عقوبات، بل تشمل إجراءات التربية والتهذيب والعبادة التي لا يجوز عدها عقوبات جنائية...

ونلاحظ أن فقيها يستعمل كلمة العقوبة الحدية بالمعنى الواسع الذي يشمل عقوبات القصاص والدية، ونعتقد أن هذا هو المعنى الذي يجب مراعاته دائما...

لكننا نختلف مع فقيها في أنه يُعَدُّ أن التعزير يضاف للحد كوسيلة أو عقوبة تكميلية لتشديد العقوبة الحدية، في حين أننا نرى أنه الأصل، وإن كان الأصل أن القصاص يُعَدُّ كافيا يغني عنه في نظرها، أما في رأي الجمهور الذي يرححه فقيها فهو يُعَدُّ مجرد إضافة للحد أو القصاص، وكان الأصل هو الحد أو القصاص، والتعزير عقوبة تكميلية، ونحن لا نوافق على ذلك...

(١) المقصود بالحد هنا العقوبة...

فمالك يرى تعزير الجاني مع عقوبة القصاص في الجناية عمدا على مادون النفس^(١)، وحجته في هذا أن القصاص جعل مقابلا للجريمة، وهو حق المجني عليه، وأن التعزير للتأديب وهو حق الجماعة. ولا يرى مالك الجمع بين القصاص والتعزير في القتل العمد؛ لأنه لا فائدة من التعزير مع القتل، ولكنه يرى التعزير كلما سقط القصاص لما نفع من الموانع^(٢)...

وفي مذهب الشافعي يميزون اجتماع الحد مع التعزير، كمن قتل من لا يقاد به، فإن عليه الدية وهي حد وعليه التعزير، وكالزيادة على الأربعين في حد الشرب؛ لأن حد الشرب عند الشافعية أربعون جلدة، وما زاد على ذلك فهو عندهم تعزير، وكتعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها فإن القطع هو الحد والتعليق تعزير^(٣)...

وفي مذهب أحمد يميزون تعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها^(٤)، ومعنى هذا أنهم يميزون أن يجتمع مع الحد التعزير^(٥)...

وفي مذهب أبي حنيفة يعدون التغريب المقرر للزاني غير المحصن تعزيرا لا حدا، ويميزون أن يجتمع التغريب مع الحد بهذه الصفة. ومعنى هذا أنهم يميزون اجتماع الحد مع التعزير^(٥)...

النوع الثاني : ما فيه الكفارة ولا حد فيه كالوطف في نهار رمضان والوطف في الإحرام. والكفارة في أصلها نوع من العبادة؛ لأنها عبارة عن عتق أو صوم أو إطعام مساكين، فإذا فرضت فيما لا يعد معصية كانت عبادة خالصة، ومثل ذلك الإطعام بدل الصوم لمن لا يطيق الصوم. وإذا فرضت على معصية فهي عقوبة خالصة، كالكفارة في القتل الخطأ والظهار. والكفارة في هذا تشبه المال؛ فهو قد يكون عقوبة جنائية كما في حالة الغرامة، وقد يكون تعويضا إذا حكم به لتعويض الضرر، وقد يكون عقوبة وتعويضا إذا جمع بين العقوبة والتعويض كالدية...

(١) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٧، شرح الدردير ج/٤ ص/٢٢٤...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٦٨...

(٣) أسنى المطاب ج/٤ ص/١٦٢، نهاية المحتاج ج/٨ ص/١٨...

(٤) المغني ج/١٠ ص/٢٦٦...

(٥) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٣٩، شرح فتح القدير ج/٤ ص/١٣٦...

عزده والمعاصي التي تدخل تحت هذا النوع محدودة، ومحلها إفساد صيام أو إفساد إحرام أو حنث في يمين، أو وطء في حيض أو طهارة^(١) ...
 ويختلف الفقهاء في جواز التعزير في هذا النوع من المعاصي، فيرى البعض أن لا تعزير فيه، اكتفاء بالعقوبة التي حددت له وهي الكفارة، ويرى البعض الآخر رأيهم الراجح أنه لا يجوز- ٣٨- أن يجتمع مع الكفارة التعزير^(٢) ...
 النوع الثالث: ما لا حد فيه ولا كفارة، كتقبيل المرأة الأجنبية والخلوة بها، والشروع في السرقة وأكل الميتة. ويدخل تحت هذا النوع ما لا يدخل تحت النوعين السابقين، فيدخل تحته معظم المعاصي، بل إن المعاصي التي تدخل تحته لا تعد كثرة لأنها غير محصورة.
 ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن هذا النوع من المعاصي فيه التعزير أي لا عقوبة عليه إلا التعزير ...

والمعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة متنوعة، ولكنها لا تخرج عن أحد أنواع ثلاثة: (٣)
 (أ) نوع شرع في جنسه الحد ولكن لا حد فيه، كالسرقة من غير حرز، وسرقة ماديون النصاب، والسرقة غير التامة. فالسرقة شرع فيها الحد بشروط، منها: أن تكون من حرز، وأن يكون المسروق نصاباً، وأن تكون السرقة تامة. فإذا لم تتوافر هذه الشروط فلا حد،

الصدر تعليق "رقم-٣٨-": بل الرأي الراجح عدم الجواز والمحصار العقاب بالكفارة؛ لأن المستفاد من أدلتها عدم استحقاق الجزم عقاباً غيرها ...
 أما كفارة الطهارة، فهي عقاب على وطء الزوج زوجته بعد أن طهر منها، ويستحق العقاب على نفس الطهارة لكونه أمراً محرماً، وكل محرم يستحق فاعله العقاب عليه. ولا مانع من اجتماع العقابين لعدم كونهما على أمر واحد ...

الشاوي رأينا في "تعليق-٣٨-": يؤكد قولنا بأن هذه الأفعال ليست جرائم جنائية، وبالتالي لا يجوز أن يجازى مرتكبها بتعازير عقابية، ومع ذلك فلا مانع لدينا من إضافة تدابير تعبدية على أنها تدابير إصلاح ووقاية وليست عقوبات جنائية، وهذا ما نقوله كذلك بالنسبة لحالة الطهارة ...

(١) عبرنا بهذه العبارات لتجميع بين مختلف الآراء. فهناك مثلاً من يرى الكفارة على الوطء في الحيض، وهناك من لا يراها، وهناك من يقول بالكفارة في الوطء في الصيام فقط، ومن يقول بها فيما يقطر ويغدي ...

(٢) أعلام الموقعين ج/٢ ص/٢٢١، المقدمات لابن رشد ج/٢ ص/١٥١، تبصرة ج/٢ ص/٢٥٩، أسنى المطالب ج/٤ ص/١٦٢، نهاية المحتاج ج/٨ ص/١٨ ...

(٣) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٦٤ ...

عقوده ومثل ذلك : الشروع في الزنا ومقدمات الزنا من خلوة وتقبيل وعناق، وهكذا كل ما شرع فيه الحد، ولم تتوافر فيه شروط الحد فلا حد فيه وإنما فيه التعزير ...
 (ب) نوع شرع فيه الحد ولكن امتنع الحد فيه إما لشبهة درأت الحد كوطء الزوجة في دبرها-٣٩- وسرقة المال المشترك-٤٠-، وإما لسبب خاص بالجاني كقتل الأب ولده فإنه لا قصاص فيه، وسرقة الفروع من الأصول فإنها لا قطع فيها-٤١- ويجعل محل القطع التعزير.
 (ج) نوع لم يشرع فيه ولا في جنسه الحد، ومن هذا النوع أكثر المعاصي مثل أكل الميتة والسدم، ولحم الخنزير، وخيانة الأمانة ممن أؤتمن عليها كأمين بيت المال وناظر الوقف والوصي والوكيل، ومثل تطقيف المكيال والميزان، وشهادة الزور، وأكل الربا، والسب والرشوة وغير ذلك.

المصدر تعليق "رقم-٣٩-": اختلف فقهاء المذهب الجعفري في حكم وطء الزوجة في دبرها. فذهب قوم إلى الحرمة، وآخرون إلى الكراهة، كما اختلف غيرهم من علماء المسلمين في ذلك كما يدلنا إلى ذلك ما في كتاب مختصر المزني ص/١٧٤ حيث قال: قال الشافعي رحمه الله: ذهب بعض أصحابنا في إثبات النساء في أدبارهن إلى إحلاله، وآخرون إلى تحريمه. انتهى. وعلى كلا القولين لا يستحق الواطئ الحد: أما على القول بالكراهة فواضح إذ لا حد إلا على الفعل المحرم، وأما على القول بالحرمة فلا حد عليه أيضا لأن الحد شرع على الزنا، وهو لا يصدق على وطء الزوجة في دبرها لكونه كما في كتاب بداية المجتهد لابن رشد كل وطء وقع على غير نكاح صحيح. ولا شبه نكاح ولا ملك يمين. ومن البديهي أن وطء المرأة في دبرها وطء وقع على نكاح صحيح. كما لا يصدق اللواط على وطء الزوجة في دبرها لكون اللواط هو وطء الذكر كما ذكر ذلك العلامة الشيخ زين الدين العاملي المعروف بالشهيد الثاني ...

الشاوي رأينا في "تعليق رقم-٣٩-": نحن نضيف إلى ما ورد في تعليقه رقم-٣٩- من اختلاف الآراء فيما يتعلق بإثبات الزوجة في دبرها أنه لا يجوز التوسع في تطبيق الحدود؛ ولذلك لا محل لما قاله فقيهنا من أن هذه المعصية مما شرع فيها الحد ...

لكن موضع البحث هنا جواز التعزير أو عدم جوازه؛ ولذلك فإن الحجج التي أوردها لا محل لها، لأنها تدور حول حساب الفعل زنا يستحق عقوبة حدية وهو ليس كذلك، بل يمكن الشك أو الاعتراض على حسابه من المعاصي التي تستحق التعزير ...

المصدر تعليق "رقم-٤٠-": مع احتمال أن ذلك جائز له ولم يأخذ أكثر من حقه أما مع علمه بالحرمة فلا ريب في إقامة الحد عليه إذا أخذ أكثر منه، أما لو لم يأخذ أكثر من حقه فقد اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفري في لزوم إقامة الحد عليه وعدمه ...

المصدر تعليق "رقم-٤١-": الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري هو لزوم إقامة الحد في هذا المقام.
الشاوي رأينا في "تعليقي-٤٠- و-٤١-": نأخذ على التعليقين أنه يناقش في حساب هذا النوع من السرقات التي تستحق عقوبة الحد، لكن في نظرنا يجوز تعزير السارق في هذه الأحوال ...

إن ما وصل إليه فقهاء من الدقة في التمييز بين مجرد الأمر والنهي، وبين ما هو أقل من الأمر (الترغيب) وما هو أدنى من النهي (المكروه)، قد تجاوز ذلك، بأن توصلوا إلى ما عرضه فقيها من تفاوت بين ثلاثة أنواع مما يعدونه من المعاصي طبقاً للمبدأ الذي استعرضه من قبل - وذلك بسبب اختلاف موقف النصوص القرآنية من كل نوع منها نتيجة لتقدير الشارع الحكيم لمدى خطورة كل نوع ...

هذا التفاوت جعل هناك ثلاث درجات من المعاصي :

النوع الأول :- وهو أشدها وأهمها، ووصفه بأنه الجرائم التي تتوافر فيها ظروف مشددة توجب الحكم فيها بعقوبة مقدرة بالنص الشرعي، وهي عادة عقوبة جنائية بدنية (الحد أو القصاص) أو بالدية . وفي نظره أن عددها اثنا عشرة جريمة مقررة بنصوص صريحة في القرآن منها سبعة حدود⁽¹⁾ وخمس جرائم يعاقب عليها بالقصاص أو الدية . ويلاحظ أنه يعد القصاص نوعاً من الحدود .

وأهم ما تطرق إليه هنا هو أن المذاهب الأربعة الكبرى تتفق في أن هذه العقوبات المحددة بنصوص صريحة لا تغنى عن التعزير، إذ أجازوا أن يحكم بعقوبة تعزيرية مع العقوبة الحدية - إذا قضت بذلك المصلحة العامة. وهذا يؤكد رأينا الذي ذكرناه مراراً من أن التعزير هو الأصل في جميع الجرائم وليس عقوبة مقصورة على نوع معين من الجرائم (التي اعترضنا على وصفها بأنها جرائم التعازير.. وقلنا إن ذلك القول يخلط بين أنواع العقوبات ويعددها أنواعاً للجرائم). كما قلنا إن بعض التعازير هي تدابير وقائية وليست عقوبات جنائية - وإضافتها للحد لا يعد تشديداً للعقوبة القصوى.

صحيح أن رأينا هو أنه في حالة توافر الظرف المشدد الذي يوجب الحكم بعقوبة الحد أو القصاص، فإن توقيع هذه العقوبة القصوى يغنى عن التعزير لأن فيه ما يكفي للردع والتأديب - ومع ذلك فإن المذاهب الأربعة تترك للقاضي التقدير وتعطيه الحق في إضافة التعزير إلى العقوبة المقدرة. وهذا رأى لا نوافق عليه إذا كان التعزير المضاف عقوبة جنائية، لأن العقوبات القصوى الحدية فيها الكفاية في نظر الشارع، ولا نرى فائدة من الإضافة.

(1) يوجد خلاف كبير حول عدد الجرائم - إذ إن كثيرين لا يعرفون بعد الردة - ولا حد الشرب.. وبذلك تكون الحدود المتفق عليها خمسة فقط ... مع ملاحظة أن حد الرجم في زنا المحصن يعارضه كثيرون ويكتفون بما قرره القرآن من عقوبة الجلد لجميع أنواع "الزنا".

التعازير التي يمكن إضافتها للحد هي التي تدخل ضمن التدابير

الوقائية والتهديدية فقط :

إلها برغم أن العمل جرى على غير ذلك بقصد التشهير والتشفي ممن يتجرءون على هذه الجرائم الخطيرة... التي تعد من الكبائر. ومع ذلك، فإن كثيرا من التعازير التي يرون إضافتها إلى الحد أو القصاص، يمكن قبولها على أنها مجرد تدابير وقائية تحول دون عودة المجرم إلى الجريمة المنكرة.

النوع الثاني :- في نظره هو المعاصي التي وردت نصوص تفرض على مرتكبيها الكفارة (دون حد ولا قصاص).

في نظره أن هذا النوع من المعاصي حددته النصوص القرآنية كما هو الحال في النوع السابق عليه.

وبرغم أن المعاصي من هذا النوع الأصل فيها أنها تعد في نظره جرائم جنائية لأن الكفارة المفروضة فيها يعدها عقوبة جنائية، فإنه يقول إن الفقهاء ليسوا متفقين على جواز التعزير فيها إضافة للكفارة كما اتفقوا على ذلك بالنسبة للنوع السابق، وإهم يكتفون بالكفارة.

ورأينا أن الفقهاء الذين يرفضون جواز التعزير على هذه "المعاصي" إنما يؤيدون وجهة نظرنا بأنها ليست جرائم جنائية - وأن الكفارة التي فرضت على مرتكبيها هي مجرد إجراء تعبدى من نوع العبادات المؤدية للتوبة وللتطهير من دنس خطيئة دينية لا تصل إلى مستوى الجريمة الجنائية - ومراجعة الأفعال التي تدخل في هذا النوع ترجح في نظرنا هذا الرأي؛ لأنها كلها متعلقة بواجبات تدخل في نطاق العبادات، كما هو واضح في المثليين الواردين وهما الوطء (غير المحرم في الأصل، أى مباشرة الزوج لزوجته) في شهر رمضان أو فترة الإحرام.

فأبنا هو أن هذا النوع من المعاصي لا يدخل في نطاق التشريع الجنائي؛ ولم يكن هناك داع لذكره هنا لأن الكفارة المفروضة فيها هي عبادة محضة قصد بها تأكيد توبة مرتكبيها وطلبه المغفرة - وهي ليست عقوبة جنائية في نظرنا في هذه الأحوال.

والنوع الثالث : في نظره هو الأعم، ويرى أنه يشمل ثلاثة أنواع من حيث علاقتها بالحدود، على النحو الذى فصله.

سبق أن بينا وجوب التفرقة بين تنوع الجرائم، وتنوع العقوبات، لأن الجريمة الواحدة يمكن أن يختلف نوع عقوبتها أو مقدارها بسبب توافر ما نسميه "ظروفا مشددة" أو "ظروفا مخففة".

هذه الظروف المشددة أو المخففة لا تغير جنس الجريمة ولا نوعها وإن كانت تغير العقوبة، الأمر الذى يعنى إعطاؤها قدرا أكبر من الخطورة يسوغ حسابها من الكبائر.

والرأى في نظرنا هو القول بأن جميع المعاصي الأصل فيها التعزير الذي تقتضيه مصلحة الجماعة، لكن بعضها يجب أن "يضاف" إلى التعزير فيه (في رأيهم أو يعرض عنه في رأينا) عقوبة حدية عند توافر ظرف مشدد فيها (وهذا هو ما عده النوع الأول منها (أ)).

والسبب الآخر (ب) هو الذي يجب فيه التعزير لثبوت الجريمة وكونها من جنس الجريمة الحدية لكنها لا تستوجب الحد بسبب عدم توافر الظرف المشدد أو وجود شبهة في توافره لكي يعاقب مرتكبها بعقوبة حدية وليست من المعاصي التي تستوجب كفارة .

أما النوع الثالث (ج) في نظره فيشمل الأفعال التي لم يفرض القرآن عليها عقوبة حدية مطلقاً (أى أنها ليست من جنس الحد كما يقول)، ولكن تقتضى مصلحة الجماعة فرض عقوبة التعزير على مرتكبها ... لما يترتب عليها من ضرر لنظام الجماعة ويدخل فيه أغلب المعاصي التي ذكر أمثلة منها (ص ب/ 55) .

والمعيار الذي أشار له وهو "الضرر لنظام الجماعة أو مصلحة الجماعة" لا يكفي في نظرنا - بل نرى أنه لا بد أن يجد الفقه وأهل الاجتهاد أنه توافر في الفعل الذي يستحق التعزير في نظرهم ما يدخله ضمن إحدى النظريات التشريعية التي تدور حول الأفعال المعاقب عليها بنص قرآني صريح، مثل جرائم العدوان على العرض والأسرة، أو على الأموال، أو على الأرواح والأبدان .. وهكذا .

وقد سبق أن أشرنا إلى أنه في البند (-51-) فيما سبق فرّق بين التعزير على المعاصي - الذي يكون واجباً (مثل الريا وخيانة الأمانة والرشوة والسب) وفي غيرها يكون التعزير تقديرية للقاضي - اجتهد في نظرنا - لا قضاة عصرنا .

وهذا النوع هو الذي جعل الفقهاء يسرون على أنه "يجوز" فيها التعزير .. والجواز كان متروكاً لتقدير القاضي عندما كان القضاة مجتهدين، أما الآن في عصر القضاة المقلدين، فقد أصبح من واجب من يتولون مهمة الاجتهاد في مجتمعاتنا أن يقننوا التعازير التي تدخل ضمن هذا النوع ويعدها جرائم جنائية أو تدابير وقائية بنص صريح .

والمعاصي التي لا تقنن لها عقوبات جنائية تخرج عن نطاق التشريع الجنائي - ويمكن أن يكون الجزاء فيها تأديبياً وتعليمياً أو تعبدياً - لأن كلمة التعزير بحسب الأصل تشمل كل تدابير التأديب والتهديب بإجراء اجتماعي أو ديني ليس من الضروري وصفه بأنه "عقوبة جنائية" .

هذا السبب هو الذي جعلنا نؤكد ضرورة تقنين هذه التعازير جميعها بقرار من الأمة أو من يمثلونها من أولى الأمر في التشريع وهم أهل الاجتهاد كما سنوضح فيما يلي.

ما نحو السبيل إلى معرفة المعاصي؟ : والمعاصي سواء كان فيها حد أو كفارة أو لا حد فيها ولا كفارة، مبنية بياناً لا خفاء فيه في الشريعة الإسلامية، وكل إنسان يستطيع إذا شاء أن يعرفها ويلم بها لو راجع النصوص من قرآن وسنة. فالسبيل إلى معرفة المعاصي هو نفس السبيل الذي تعرف به الجرائم في القوانين الوضعية، هو الاطلاع والدراسة. فمن اطلع ودرس عرف المعاصي في الشريعة، وعرف الجرائم في القوانين الوضعية، ومن لم يطلع ولم يدرس فهو جاهل بالشريعة، كما هو جاهل بالقوانين وبغيرها من العلوم. وليس يعيب الشريعة في أي شيء أن المعاصي لم تجمع في كتاب واحد، فإن العبرة ليست بجمع الجرائم في كتاب خاص بها، وإنما العبرة بالنص على الأفعال التي تعد جرائم، وعلى عقوباتها. على أنه ليس في الشريعة ما يمنع أولي الأمر من جمع المعاصي في كتاب خاص تبين فيه واحدة واحدة، مرتبة بحسب نوعها أو عقوبتها أو محلها أو غير ذلك من أوجه الترتيب والتنظيم، مادام المقصود من التجميع تسهيل الاطلاع على المعاصي وتيسير العلم بها... ومن يراجع النصوص الشرعية ويدرسها يستطيع دون شك أن يجد لكل معصية نصاً صريحاً حرمها، ونصاً صريحاً يعاقب عليها إن كانت المعصية معاقبة عليها بالحد أو الكفارة. أما إن كان معاقباً عليها بالتعزير، فإنه يجد النص الذي حرمها، والنصوص التي فرضت عقوبات التعزير عليها وعلى غيرها...

ولقد استعرضنا جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، فوجدنا لكل هذه الجرائم نصوصاً تحرمها، وتحدد عقوباتها. وهذه الجرائم تدخل كما علمنا تحت النوع الأول من أنواع المعاصي، وهو النوع الذي فيه الحد أصلاً والكفارة مع الحد أحياناً، وبقي أن نستعرض النوع الثاني من المعاصي الذي فيه الكفارة، والذي قلنا إن هناك خلافاً على التعزير فيه-٤٢-، وبعد أن نستعرض النصوص التي وردت فيه، نستعرض النوع الثالث من المعاصي، وهو النوع الذي لا حد فيه ولا كفارة...

"السبيل الذى يمكن المكلف من معرفة المعاصى التى يُعزّر مرتكبها جنائياً في نظره" هو ما ذهب إليه فقهاؤنا من الاكتفاء بالإحالة إلى وجوب الاطلاع ودراسة النصوص والعلم... الذى هو لفريضة على كل مسلم ومسلمة ..

ويشعر الجميع بأن ظروف المجتمعات قد تعقدت أكثر من ذى قبل، وأصبح لصيب علوم الشريعة في التعليم العام ضئيلاً، حتى أصبح الفرد العادى محتاجاً إلى أن يقوم "أهل الاجتهاد وأهل الذكر" بتسهيل سبل هذا العلم ... وخطا خطوة معمودة بأن أضاف إلى ما قاله أسلافنا قوله إنه " ليس في الشريعة ما يتنح أولى الأمر من جمع المعاصى" في مجموعة أو مدونة تين الأفعال المعاقب عليها جنائياً وعقوبة كل منها وذلك "لتيسير العلم بها".

ونحن ومن يأتون بعدنا عليهم أن يخطوا خطوة أخرى، هى أن هذا "التقنين" أصبح واجباً... وضرورياً في الحاضر والمستقبل بشرط أن يقوم به أهل الاجتهاد.

والواقع أن عدم التقنين الشرعى أو تأخره قد ترك الساحة مفتوحة أمام السلاطين لكى يقوموا هم بإصدار مجموعات وضعية يستوردونها من النظم الجنائية الأجنبية... واستغنوا بذلك عن الفقه والاجتهاد وعطلوا الشريعة. ويسارع بعض فقهاء السلاطين ليصفوا هذه المستوردات بأنها تعازير ... وإذا انتقدهم أحد أو عاتبهم اعتدروا بأن الفقه هو الذى قصر عن القيام بمواجهة هذه الضرورة أو الحاجة، وأن العلماء هم الذين تأخروا عن القيام بواجبهم في التقنين الشرعى.

وهذا العذر صحيح إلى حد ما في نظر كثيرين...

لذلك تبارت شخصيات وهيئات عديدة الآن في القيام بإعداد مشروعات للتقنين.... بقى أن يستدرك المسئولون في الدول المعاصرة الملزمون بالخضوع للشرعية وتطبيقها - لكى يسارعوا إلى العمل بهذه التقنيات التى أعدها أهل الفقه والعلم بعد أن أصبح تطبيق الشريعة والالتزام بالفقه مطلباً شعبياً ملجأً .. بسبب إصرار الشعوب على استبعاد "القوانين الوضعية" التى تستورد من الخارج .

غير أننا نقر قوله بأنه ليس بعيب في الشريعة أن المعاصى (المعاقب عليها) لم تجمع في كتاب واحد (تقنين تشريعى)، لأن التقنين في نظرنا يجب أن يكون دائماً عملاً بشرياً فقهياً قابلاً للتطوير والتغيير والتبديل، أما لو صدر عن المشرع الإلهى فقد يترتب عليه جمود الشريعة وحرمانها من المرونة والتطور الذى هو من أهم مزايا شريعتنا التى تجعلها خالدة صالحة لكل زمان ومكان .

١٠٠ المعاصي التي فيها الكفارة ولا حد فيها : ذكرنا أن هذه المعاصي هي إفساد الصيام، وإفساد الإحرام، والحث في اليمين، والوطء في حيض، والوطء في ظهار، وسنعرضها واحدة بعد أخرى ...

إفساد الصيام : يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٣]، ويقول: ﴿أَحَلَّ لَكُمُ الصِّيَامَ الْفَتْحَ إِلَى نَسَائِكُم مِّن لِّبَاسِكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسُ هُنَّ عِلْمُ اللَّهِ أَنْكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَثَابَّ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرِبُوهَا﴾ [البقرة: ١٨٧]. وروي عن أبي هريرة: أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: "هلكت يا رسول الله. قال: ما أهلكك؟ قال: وقعت على امرأتي في رمضان. قال: هل تجد ما تعتق به رقية؟ قال: لا. قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا. قال: فهل تجد ما تطعم به ستين مسكيناً؟ قال: لا. ثم جلس. فأتى النبي بفرق فيه تمر فقال: تصدق بهذا". فهذه نصوص صريحة تفيد وجوب الصوم وتحرم إفساده بجماع أو طعام أو شراب وتجعل عقوبة من أفسد صيامه بجماع-٤٣- عتق رقية أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً، كفارة عن المعصية التي وقع فيها^(١) ...

تعليق "رقم-٤٣-": ويدل على عقوبة من أفسد صومه بغير الجماع الخبر المعتبر المروي في الكافي عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) في رجل أفطر في شهر رمضان متعمداً يوماً واحداً من غير عذر، قال: يعتق نسمة أو يصوم شهرين متتابعين، أو يطعم ستين مسكيناً فإن لم يقدر تصدق بما يطيق ...

رأينا في تعليق "رقم-٤٣-": تعليقات السيد الصدر حتى رقم-٤٧- هي في نظرتنا تفترض أن الكفارة عقوبة جنائية، ونحن لا نوافق على ذلك، والحجج التي ناقشنا كلها تدور حول الكفارة، ولا شأن لها في نظرتنا بالتشريع الجنائي، لأنها إجراءات تعبدية، ونفضل استعمال كلمة "توبة" بدلاً من كلمة "عقوبة" في أول التعليق ...

(١) اختلف الفقهاء في تطبيق النص المقرر للعقوبة، فمالك وأبو حنيفة يريان تطبيقه إذا أفسد الصيام بأكل أو شرب، والشافعي وأحمد يريان مع أهل الظاهر قصر النص على حالة الجماع فقط. وأساس الخلاف بين الفريقين أن الفريق الأول يرى العقوبة على إفساد الصيام، وهو يفسد بالجماع والأكل والشرب، والفريق الثاني يرى أن العقوبة جاءت على الجماع فقط، فلا تنطبق على غير ما جاءت فيه. وهناك خلافات أخرى أهمها: أن البعض يرى تطبيق النص على المرأة كما ينطبق على الرجل، والبعض لا يرى تطبيقه إلا على الرجل. كذلك يرى البعض أن النص ينطبق على حالة العمد فقط، والبعض يسوي بين المعمد والناسي. ويرى البعض في حالة تعدد الإفطار تطبيق قاعدة الدخايل، ولا يرى البعض تطبيقها، ولكل فريق حججه، ولا نرى ما يدعو هنا لسردها، فكلها خلافات في تفسير النصوص وتطبيقها. راجع بداية المجهود الجزء الأول ص/ ٢١٠ وما بعدها، والمداية الجزء الأول ص/ ٩٦، والإقناع الجزء الأول ص/ ٣١٢ وما بعدها، المهذب ج/ ١ ص/ ١٨٣ وما بعدها ...

عوده

إفساد الإحرام : يقول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسْكَ فَإِذَا أَمْتُمْ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسِعَةٌ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلَهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة: ١٩٦]. ويقول: ﴿الْحَجَّ أَشْهَرُ مَعْلُومَاتٍ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧]. ويقول: ﴿وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦]. ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ﴾ [المائدة: ٩٥]. ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحْلُوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا الْقَلَائِدَ﴾ [المائدة: ٢]...

ومن السنة الثابتة ما يرويه-٤٤- كعب بن عجرة: أنه كان مع رسول الله ﷺ محرماً، فأذاه القمل في رأسه، فأمره رسول الله أن يحلق رأسه، وقال له: "صم ثلاثة أيام، أو أطعم ستة مساكين، مدين لكل إنسان، أو انسك بشاة"...

ومن المستفق عليه أن المنع من حلق الرأس لم يقصد لذاته، وإنما قصد منه منع الزينة والترفيه، ولذا يأخذ حكمه استعمال الطيب-٤٥- وليس المخيط. وروى ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قال في الحرم: "لا يلبس القميص ولا السراويل ولا البرنس ولا العمامة ولا الخف إلا أن لا يجد نعلين فيقطعهما من أسفل الكعبين، ولا يلبس من الثياب ما مسه ورس أو زعفران"...

ويفسر الرقث بالجماع، والفسوق بأنه الخروج عما يجب على الحرم إلى الأشياء التي كانت مباحة قبل أن يحرم، كالصيد والطيب والزينة يلبس المخيط^(١)...

النسب

تعليق "رقم-٤٤-": ونظير هذا الخبر خبر آخر يرويه الشيخ محمد بن الحسن الطوسي بإسناده عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع)...

النسب

تعليق "رقم-٤٥-": لا يمكن الاستناد إلى الخبر المذكور بوجوب الكفارة لاستعمال الطيب وليس المخيط، إلا إذا قطعنا بأن المراد من الحديث الشريف هو المنع من الزينة والترفيه وأنى يمكن القطع بذلك؟ ولا يحكم فقهاء المذهب الجعفري في مورد ما إلا مع قيام الدليل عليه.

الشأوى

رأينا في تعليق "رقم-٤٤- و-٤٥-": راجع رأينا على تعليق رقم-٤٣-...

(١) تفسير المنار ج/٢ ص/٢١٧ وما بعدها: بداية المجتهد ج/١ ص/٢٨٦ وما بعدها، المهذب ج/١ ص/٢٠٤ وما بعدها، الهداية ج/١ ص/١٢٥ وما بعدها، الإقناع ج/١ ص/٣٥٥ وما بعدها...

عوده هذه هي النصوص التي تحرم ما يفسد الإحرام وتلك هي العقوبات التي فرضتها على من يفسد إحرامه، وهي نصوص صريحة كانت وما تزال عماد الفقهاء في بيان ما يفسد الإحرام وما يجب عليه من عقوبة...

الحث في اليمين: يقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٤]، ويقول: ﴿لَا يَأْخُذْكُمْ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤْخِذْكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾ [المائدة: ٨٩]. وقال رسول الله (ﷺ) لعبد الرحمن بن سمره: "يا عبد الرحمن بن سمره لا تسأل الإمارة، فإنيك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها، وإن حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذي هو خير، وكفر عن يمينك". -٤٦- ولاشك أن هذه النصوص صريحة في تحريم الحنث باليمين، وتبيان عقوبة الفعل المحرم^(١)...

الوطء في الحيض: يقول الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَيْضِ عَلَىٰ مَا أَدْنَىٰ فَأَعْتَزَلُوا﴾ [البقرة: ٢٢٢]. وروي -٤٧- عن ابن عباس

تعلق "رقم -٤٦-": لا يستفاد من الرواية تقدير الكفارة، وإنما يستفاد منها وجوب التكفير. وفي روايات الشيعة الإمامية المروية عن أئمة أهل البيت (ع) ما يستفاد منه تقدير الكفارة...

تعلق "رقم -٤٧-": وفي رواية داود بن فرقد المروية عن الإمام جعفر بن محمد الصادق عليه السلام أنه قال: يصدق إذا كان في أوله بدنيار، وفي وسطه نصف دينار، وفي آخره ربع دينار. وقد اعتمد على هذه الرواية وذهب إلى وجوب التكفير بالثلث الأول من الحيض بدنيار، وفي الثلث الثاني بنصف دينار، وفي الثلث الثالث بربع دينار جماعة من أكابر فقهاء المذهب الجعفري كالشيخ المفيد والسيد المرتضى والشيخ الطوسي. وذهبت جماعة أخرى من فقهاء الشيعة إلى عدم وجوب الكفارة للخبر المعتبر الذي يرويه العيص عن الإمام جعفر بن محمد أنه قال: سألت أبا عبد الله عن رجل واقع امرأته وهي طامث، فقال الإمام (ع): لا يلتمس فعل ذلك، قد هيى الله (ﷻ) أن يقرها. قلت: فإن فعل ذلك أعليه كفارة؟ قال (ع): لا أعلم فيه شيئا، يستغفر الله...

والرأي الراجح الذي يقتضيه الأخذ بمحتوى الدليلين هو نفي وجوب الكفارة للرواية الثانية، والحكم باستحبابها للرواية الأولى؛ لأن المستفاد عرفا من الكفارة في الرواية الثانية هو نفي وجوبها بشهادة الأولى الحاكمة بشوقها، كما أن المستفاد عرفا من الأمر بها في الرواية الأولى هو استحبابها بشهادة الثانية النافية لها.

الشافعي رأينا في تعليق "رقم -٤٦- و -٤٧-": راجع تعليقنا رقم -٤٣-...

(١) بداية اجتهاد ج/ ١/ ص ٣٢٩ وما بعدها، المذهب ج/ ٢/ ص ١٥٠ وما بعدها، الهداية ج/ ٢/ ص ٦٣ وما بعدها، الإقناع ج/ ٤/ ص ٣٣٧ وما بعدها...

عن رسول الله ﷺ في الذي يأتي امرأته وهي حائض، أنه يتصدق بدينار، وروى عنه بنصف دينار. وروى أيضا في حديث ابن عباس: هذا أنه إن وطئ في الدم فعليه دينار، وإن وطئ في القطاع الدم فنصف دينار، وروى هذا الحديث على أنه يتصدق بخمسي دينار...

ونص القرآن صريح في تحريم إتيان المرأة في الحيض. أما الحديث المروي عن ابن عباس فقد صح عند أحمد فأوجب الكفارة دينارا على من وطئ الحائض^(١) أما الأئمة الثلاثة فلم يصح عندهم شيء من هذه الأحاديث، ولذلك لم يوجبوا الكفارة في وطء الحائض عملا بالأصل الذي هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل^(٢).

ويترتب على القول بعدم وجوب "الكفارة" أن الفعل يكون عند القائلين بهذا من المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة، أي من المعاصي التي يمكن التعزير فيها...
الوطء في الظهار: يقول الله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير﴾ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا^(٣) [المجادلة: ٣، ٤] والنص قاطع في تعيين المعصية وتحديد العقوبة^(٤)...

(١) الإقناع ج/١ ص/٦٤...

(٢) بداية المجتهد ج/١ ص/٤٦، الهداية ج/١ ص/١٨ وما بعدها، المهذب ج/١ ص/٣٦ وما بعدها.

(٣) اختلف الفقهاء في تفسير معنى ﴿يعودون لما قالوا﴾ ففسرها مالك والشافعي وأحمد بأنه يعود لما حرمه على نفسه بأنه يتوي وطأها أو إمساكها أو هما معا، وفسرها مجاهد وطاؤوس وأبو حنيفة بأن العود المقصود هو العود في الإسلام إلى ما تقدم من ظهارهم في الجاهلية، وفسرها داود الظاهري بأن العود هو أن يكرر الظهار ثانية، فمن لم يظاهر مرتين ليس يعائد ولا كفارة عليه.

فالمعصية بحسب تفسير مالك والشافعي وأحمد جريمة بسيطة، وبحسب تفسير الباقيين وعلى الأخص داود من جرائم العادة، ولا تكون إلا بحصول الظهار الثاني، أما الأول وحده فلا يكون المعصية، ومن ثم لم تترتب الكفارة إلا على الثاني. راجع بداية المجتهد ج/٢ ص/٨٧ وما بعدها، الهداية ج/٣ ص/١٤ وما بعدها، المهذب ج/٢ ص/١٢١ وما بعدها، الإقناع ج/٤ ص/٨٢ وما بعدها...

يعود فقيهما للإفاضة في شرح الأفعال التي غلّظها معاصي، لكن الشريعة اكتفت بأن فرضت الكفارة على مرتكبيها. ويذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا لا يكفي بل يجوز فيها التعزير.

وهو يتعرض هنا لذلك على سبيل الاحتياط ما دام أن "بعض" الفقهاء يرى أنه يجوز "التعزير الجنائي" عليها - لكننا نستبعد هذا الرأي كما قدمنا؛ لأنه يؤدي إلى توسيع نطاق العقوبات الجنائية، وهو تبعاً لذلك يعطي فرصة كبيرة لمن يدعون تمثيل سلطات الدولة ليفرضوا مزيداً من العقوبات

وفي رأينا أن الكفارة هي إجراء ديني وتدبير من نوع العبادات يعنى التوبة والندم. وقد جرت شريعتنا على الاكتفاء بالوازع الديني والعقيدى، والاكتفاء به كلما أمكن ذلك. وليس من المصلحة إدخال التدابير الدينية في نطاق التشريع الجنائي، لأن هذا يشوه صورهما ويضيع الغرض التربوي والنهذي الديني الذي هو جوهرها، وهذا الغرض هو التوبة، وليس العقاب الجنائي.

بل لقد ذهبت فيما سبق إلى تأييد رأى المعتزلة⁽¹⁾ في أن شريعتنا لا تقرر العقاب الجنائي على "القتل أو الجرح خطأ". وقول فقيهما بحسبان هذا العقاب استثناءً شرعياً من المبدأ الذى قرره رسولنا الأمين بقوله: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه". هذا القول لا داعى له لأن الجزء المقرر له في شريعتنا بنص قرآنى هو الكفارة. ونحن نفضل السمو بالكفارة عن وصفها بأنها عقوبة. وترى أيضاً عدم وصف هذه الأفعال الخاطئة بأنها "جرائم" حتى ولو سارت جميع القوانين الوضعية على وصفها بهذا الوصف، وقررت لها بناء على ذلك عقوبات الحبس (على جريمة القتل خطأ) ويمكن اعتبار هذا الحبس تدبيراً وقائياً مثل الحبس في أثناء التحقيق الذى هو تعزير وقائى بمعنى أنه تدبير احتياطى لكن ليس عقوبة. إننا نفضل عدم وصف الكفارة بأنها عقوبات جنائية، لأن ذلك يدل مرة أخرى على سمو الأحكام الشرعية وترفعها عما تسير عليه القوانين الوضعية من الإسراف في العقاب الجنائي .. الذى تغنى عنه التوبة متى توافرت أسبابها، وأداء الكفارة هو إجراء يؤكد هذا. إن شريعتنا تفضل الاستغناء عن العقوبة الجنائية بالتدابير ذات الصفة التعبدية والتربوية ... منها الكفارة التى تؤدى إلى التوبة.

(1) يراجع هامش (2) في نهاية البند (300) من كتاب التشريع الجنائي فيما بعد.

التعازير أوسع نطاقاً من العقوبات الجنائية وتشمل تدابير الوقاية والتهديب

إن شريعتنا ذات طابع إلهي وديني - وتتميز بالحرص على التوبة أكثر من حرصها على العقوبة الجنائية - وهذا من أهم ما يميزها عن القوانين الوضعية .
لقد أفاض في شرح أمثلة لهذا النوع من المعاصي التي تستوجب الكفارات. ويبين من هذا الشرح أنها جميعاً متعلقة بالعبادات وما يلزم لها من واجبات مثل وجوب الامتناع عن جماع الزوجة في الصيام والجماع في حالة الإحرام والجماع في فترة الحيض (مع الزوجة). والجماع بعد الظهر (مع الزوجة أيضاً)، والحنت في اليمين الذي يكون خطيئة دينية فقط طالما أنها لم تصل إلى ما يُعدّ شهادة زور مثلاً .

والنصوص القرآنية التي أوردتها في عرضه لهذه المعاصي كلها تؤكد ما قلناه دائماً من أن شريعتنا ليست مجموعة نصوص تشريع جنائي، وإنما واجبات وتدابير متنوعة بعضها تكون مخالفتها جرائم معاقباً عليها، لكن البعض الآخر لا يجوز وصفها بأنها "جرائم" ولو كانت معاصي شرعية .

وما لا يوصف بأنه جريمة لا يجوز عُدُّ ما يرتب عليه "عقوبة جنائية"، حتى ولو سار الفقه على إدخالها ضمن "التعازير" . إننا نبهنا في مواضع متعددة إلى أن كلمة "التعازير" لا يجوز عُدُّها مرادفةً "للعقوبات الجنائية"، لأن كثيراً منها مجرد تدابير تربوية وتهديبية تدخل ضمن تدابير الوقاية أو تدخل ضمن العبادات التي يقصد بها التوبة أو التكفير عن خطيئة أو معصية، سواء كانت هذه المعصية جريمة معاقباً عليها بعقوبة جنائية، أو كانت مجرد معصية دينية وأخلاقية يكفي فيها التوبة المستفادة من أداء الواجبات الدينية التي تُعَدُّها كفارات .

إن الطابع التعبدى لهذه التدابير لا يناسبه وصفها بأنها عقوبات جنائية، فالصوم وإطعام المساكين أو غير ذلك كالصدقات ... أو ذبح النعم (لإطعام المساكين أو غير المساكين من أهل الحرم) لا يليق بنا أن نصفها بأنها عقوبات جنائية، لأن ذلك يفسد هدفها الديني والتعبدى ويترل بها إلى مستوى العقوبات مثل الجلد أو السجن ... إلخ، ولذلك لا نوافق على إدخالها ضمن دراسة التشريع الجنائي بحجة أنها "تعازير" ...

عوده

١٠- المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة : بينا فيما سبق أن المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة تنقسم إلى ثلاثة أنواع : نوع شرع في جنسه الحد ولكن لا حد فيه، ونوع شرع في جنسه الحد ولكن امتنع الحد فيه، ونوع لم يشرع فيه ولا في جنسه الحد. فأما النوع الأول والثاني فقد سبق أن بينا النصوص التي وردت بالتحريم فيهما، -٤٨- وذلك عندما تكلمنا على النصوص التي جاءت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية. وأما النوع الثالث فيدخل تحته أكثر المعاصي، ولو كان ما يدخل تحته محدودا لاستعرضنا النصوص التي وردت فيه كلها كما فعلنا في غيره من الأنواع، ولكن الواقع أن المعاصي التي تدخل تحت هذا النوع غير محدودة، ومن ثم قلن نستعرضها جميعا، وسنكتفي بعرض النصوص التي تحرم أهم المعاصي تدليلا على أن الشريعة الإسلامية تطبق قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من المعاصي ...

١- تحريم بعض الطعائر : يقول الله ﷻ: ﴿أما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾ [البقرة: ١٧٣]. ويقول: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيت وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق﴾ [المائدة: ٣]. ويقول: ﴿أحل لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم﴾ [المائدة: ١]. ويقول: ﴿وبخل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف: ١٥٧]. ويقول رسول الله ﷺ: "الكلب خبيث حيث ثمنه". ويروي جابر عن رسول الله ﷺ فيقول: ذبحنا يوم حنين الخيل والبغال والحمير، فهناك -٤٩- رسول الله عن البغال والحمير،

الصدر

تعليق "رقم-٤٨-": وقد ذكرنا رأي الفقه الجعفري في ذلك ...

الصدر

تعليق "رقم-٤٩-": الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري أن الاستفادة من النهي عن البغال والحمير هو الكراهة؛ لأن ذلك لازم العمل بمحتوى ما دل على النهي مع محتوى ما دل على الجواز كخبر محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر محمد بن علي الباقر (ع) عن لحوم الخيل والبغال والحمير فقال حلال. انتهى. فإن الحكم بالحلية بالرواية التالية قريبة على أن المراد من النهي في الرواية الأولى الكراهة لا الحرمة ...

الشاوئ

رأينا في "تعليق-٤٩-": اعترض على قول فقيهنا بتحريم لحم الخيل والحمير؛ لأن الشيعة تستند إلى وجود أثر يدل على جواز أكلها؛ ولذلك يعدون أن المقصود من النهي في الحديث المشار إليه الكراهة لا التحريم ... ونحن نؤيد هذا الاتجاه؛ لأن كثيرا من الشعوب تأكلها ...

ولم ينهها عن الخيل. وروى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أكل كل ذي ناب من السباع، وأكل كل ذي مخلب من الطير. وروت عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "خمس يقتلن في الحل والحرم: الحية والفأرة والغراب الأبقع، والحدأة والكلب العقور".

٢ - حياطة الأمانة: يقول الله ﷻ: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾ [الأحزاب: ٧٢]. ويقول: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَوَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]. ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ﴾ [الأنفال: ٢٧]. ويقول: ﴿وَأَتُوا اليتامى أموالهم وَلَا تَبْدِلُوا الْخَيْثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أموالهم إِلَى أموالكم إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا﴾ [النساء: ٢]. ويقول: ﴿فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أموالهم وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا﴾ [النساء: ٦]. ويقول: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الإسراء: ٣٤]. ويقول: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أموال اليتامى ظلماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠]. ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أموالكم بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. وقال الرسول ﷺ: "أربع من كن فيه كان منافقا خالصا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذا أؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر". وقال: "لا إيمان لمن لا أمانة له".

٣ - غش الكلابيل والوازيين وغيرهما: يقول الله ﷻ: ﴿وَيْلٌ لِلْمُطَفِّقِينَ * الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ * وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ﴾ [المطففين: ١-٣]. ويقول: ﴿أَوْفُوا الْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا مِنَ الْمُخْسِرِينَ * وَزِنُوا بِالْقِسْطِاسِ الْمُسْتَقِيمِ * وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْنُوا فِي الْأَرْضِ مَفْسِدِينَ﴾ [الشعراء: ١٨١-١٨٣].

٤ - شهادة الزور: يقول الله ﷻ: ﴿وَلَا يَأْبِ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢]. ويقول ﷻ: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمٌ قَلْبًا﴾ [البقرة: ٢٨٣]. ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [النساء: ١٣٥]. ويقول: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ﴾ [الفرقان: ٧٢]. وقال: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ [الحج: ٣٠]. ويروى عن أبي بكر عن رسول الله ﷺ أنه قال: "ألا أتنبئكم بأكبر الكبائر؟" وكررها ثلاثا. قلنا: بلى يا رسول الله. قال: "الإشراك بالله وعقوق الوالدين". وكان متكئا فجلس فقال: "ألا وقول الزور، وشهادة الزور". فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت.

٥- أكل الربا: يقول الله ﷻ: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]. ويقول: ﴿عَمِلَ اللَّهُ الْبَايِعَ وَالرِّبَا وَيَرْبِي الصَّدَقَاتِ﴾ [البقرة: ٢٧٦]. ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ * فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تَبَتُّمْ فَلَكُمْ رِعُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩]. ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠]. ويقول: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رِيبٍ لِيَرْبُو فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ﴾ [الروم: ٣٩]. وقال الرسول ﷺ: "اجتنبوا السبع الموبقات". قالوا يا رسول الله وما هن؟ قال: "الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات".

٦- السب: يقول الله ﷻ: ﴿لَا يَحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ﴾ [النساء: ١٤٨]. ويقول: ﴿وَلَا تَسِبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُوا اللَّهَ عَدُوًّا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام: ١٠٨]. ويقول: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يَحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٩٠]. ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ عَسَى أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ عَسَى أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِنْهُنَّ وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الْأَسْمَاءُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ﴾ [الحجرات: ١١]. وقال الرسول ﷺ: "المسلم أخو المسلم، لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره". وقال: "بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم، كل المسلم على المسلم حرام: دمه وعرضه وماله". وقال: "إن من أربى الربا الاستطالة في عرض المسلم بغير حق". وقال: "سياب المسلم فسوق وقتاله كفر".

٧- الرشوة: يقول الله ﷻ: ﴿سَجَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ﴾ [المائدة: ٤٢]. ويقول: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لَتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٨]. وقال رسول الله ﷺ: "لعن الله الراشي والمرتشي والرائش الذي يمشي بينهما". وقال: "لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم". "هدايا الأمراء غلول، وهدايا الأمراء سحت". ويروي أبو حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ بعث ابن اللبية على الصدقة، فلما جاء قال: هذا لكم وهذا أهدي لي. فقال الرسول ﷺ: "ما بال أقوام نستعملهم على ما ولانا الله فيقول: هذا لكم وهذا أهدي لي، فهلا جلس في بيت أبيه فنظر أبيه أهدي له أم لا؟" ...

عَوْدَهُ ٨ العاصب القمار والميسر: يقول الله ﷻ: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠] ...

٩- دخول الساكن بغير حق: يقول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتَسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ * فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [النور: ٢٧، ٢٨]. ويقول: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ﴾ [النور: ٢٩] ...

١٠- التمسس: يقول الله ﷻ: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: ١٢] ...

هذه هي عشر جرائم من أهم جرائم التعزير، استعرضناها والنصوص التي وردت فيها-٥٠- وظاهر بجلاء أن النصوص عينت الجرائم التي حرمتها بما لا سبيل إلى الشك فيه، ويستطيع من له إلمام بالشريعة أن يجد لكل ما حرّمته الشريعة نصاً يعين الجريمة ويحددها، وفي هذا وفيما استعرضناه من نصوص وردت في المعاصي التي يعاقب عليها بحد أو كفارة ...

وفي هذا كله الدليل القاطع على أن الشريعة تطبق قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص-٥١- على كل الأفعال التي حرمتها ...

تعليق "رقم-٥٠-": كما وردت أخبار من طرق علماء الشيعة لا مجال لذكرها

الصدر

تعليق "رقم-٥١-": بالمعنى الآنف الذكر ...

الصدر

إن التوسع في عرض النصوص التي تحرم المعاصي لا يجوز أن يفهم منه أن كل المعاصي يجب فيها العقاب الجنائي (بالتعزير). ذلك، أن الشريعة ليست مجرد قانون - وليست قانونا للعقوبات بالذات - وإنما هي ديانة وعقيدة وقيم أخلاقية قبل كل شيء، وهذا يجعلها تهتم بالعبادات والتربية والأخلاق التي تشغل جانبا كبيرا من شريعتنا - ويجعل تحريم المعاصي والأمر باجتنابها مبدأ دينياً وهدفا تربوياً وأخلاقياً، ولا يصح لنا أن نعامله على أنه تشريع جنائي دائما .

صحيح أن من المفروض أن كل جريمة يكون فيها عنصر المعصية، ولكن لا يجوز القول بأنه كل معصية دينية يجب أن تكون جريمة تستحق عقوبة جنائية؛ لأن هذا التوسع في الجانب الجنائي يشوه شريعتنا ويصورها على أنها مجرد قانون للعقوبات ويتجاهل الأهداف التربوية والدينية التي هي العنصر الأول في شريعتنا الإلهية .

إن شريعتنا تركت للأمة أن تحدد بواسطة مجتهديها وممثليها بالشورى الحرة، عددا محدودا من المعاصي لكي توقع عليها عقوبة جنائية، وبذلك أرادت أن تترك هذا التحديد لمقتضيات التطوير وظروف الزمان والمكان، وتضع على عاتق "أولياء الأمر" في الفقه والشريعة أن يبادروا إلى تقنين التعازير حتى لا يدعى أحد أن كل ما يُعَدُّ هو من المعاصي يستحق العقاب الجنائي

في نظرنا: لا يكفي الإشارة إلى النصوص التي تحرم المعاصي، بل إن واجب الفقه أن يفرق بين ما يُعَدُّ منها جريمة يعاقب عليها جنائيا، وبين ما يبقى معصية دينية أو خطيئة أخلاقية تكفي فيها بعض العبادات (ومنها الكفارات) .

وهذا هو ما تركه فقيهنا الشهيد لمن يأتون بعده، ويقولون مهمة "التقنين". وسئرى كيف فعل ذلك من أعدوا مشروعات تقنينات شرعية .. في بعض أقطارنا .

يؤيد ذلك أن فقهاءنا غالبا ما يقولون عن فعل ما إنه يجوز فيه التعزير. فالتعزير - أي التجريم - هو جوازى للقاضى، ومن باب أولى لمن يضعون التقنين .

ونحن نقول لكل من يتصدى لهذه المهمة الشرعية أن يذكر أن المعاصي إذا كانت غير محدودة كما ذكر الشهيد، فإن الجرائم الجنائية لا بد أن تكون محدودة إذا كنا جادين في تطبيق مبدأ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في مجال التعازير .

وكل ما قاله من أمثلة للمعاصي التي حرمها القرآن هو جهد مشكور، لكن هدفه مجرد تسهيل مهمة التقنين التي يجب أن تهدف إلى حصر ما يعاقب عليه منها جنائيا - دون غيره .

الجزاءات التعبدية والتربوية ليست مقصورة على الجرائم الجنائية،

ووصفها بأنها تعازير لا يعنى أنها عقوبات جنائية :

والضمانة التي فرضتها الشريعة هي أن يتولى ذلك الحصر والتقيين من تثق فيهم الأمة، وهم أولو الأمر الذين يمثلونها من أهل الاجتهاد أو العلماء الذين يتولون مهمة الاجتهاد الجماعي الذين تختارهم لذلك في عصرنا أو العصور القادمة ..

إنني أعتقد أننا يجب أن نفخر بأن شريعتنا علم وفقه وفكر في الجانب البشري منها (الاجتهاد والإجماع)، وليست أحكاما سلطانية تفرضها الدولة أو من يتولون " الأمر " باسمها سواء كان ذلك بالحق أو بالباطل .

ولذلك، نجد أنه قبل عرضه للمعاصي (التي تستحق التعزير) يؤكد "أن المعاصي التي تدخل تحت هذا النوع غير محدودة" ... ثم يذكر أنه سيقصر على عرض "أهمها"، تدليلا على أن الشريعة تطبق قاعدة ألا جريمة ولا عقوبة بغير نص في هذا النوع من المعاصي (ص ب/67) .

معنى ذلك أن الشريعة أوردت أفعالا (غير محدودة) عدتها معاصي، وهذا يكفي لإعطاء الشرعية لما يختاره المجتهدون منها لكي تستحق عقوبات جنائية (لا بد أن تكون محدودة ومعروفة للمكلف مقدما) .

وقد ذكر عشرة أمثلة منها، بعضها تعدده القوانين الوضعية جرائم جنائية (خيانة الأمانة - غش المكاييل - شهادة الزور - السب - الرشوة - ...)، والبعض الآخر لا يكون جريمة إلا في حالات معينة وبشروط محدودة (مثل ألعاب القمار والميسر - ودخول المساكن بغير حق - والتجسس ...)، وبعضها لا تعدده النصوص الوضعية جرائم جنائية (مثل تحريم بعض المطاعم ...) .

فإذا جاءت بعض التقنيات الشرعية ونصت فقط على عقوبات جنائية للمعاصي التي تعاقب عليها القوانين الوضعية الآن، وتركت ما عداها، فليس معنى ذلك إباحتها وإنما يُعدّ الجزاء عليها تعبديا ... وليس جنائيا .

وكلما تغيرت ظروف الزمان والمكان أمكن للمجتهدين إدخال معاص أخرى في دائرة العقاب الجنائي، وهذه هي مرونة الأحكام الاجتهادية في شريعتنا، والتي تؤكد ما قلنا من أن التعازير أوسع نطاقا من التشريع الجنائي، وتشمل تدابير هي عبادات وتربية يقصد بها الترغيب في التوبة والتشجيع عليها وليست عقوبات جنائية.

١٠٢- ظننوا لا أساس لها من الحق : ولقد ظن البعض خطأ أن الشريعة الإسلامية لم تعين جرائم التعزير، وأنها تركت للقاضي تلك المهمة، ورتبوا على هذا الظن الخاطئ أن سلطة القاضي في التعزير سلطة تحكمية، وأن جرائم التعازير وعقوباتها غير منصوص عليها، وأنها متروكة لتقدير القاضي، فإن رأى أن يعاقب على الفعل عاقب ولو أنه لم يجرم من قبل أو لم يسبق العقاب عليه. ومنطق هؤلاء باطل لأنه يقوم على ظنون لا أساس لها من الحق أو الواقع ...

ولقد وقع هؤلاء في ظنهم الخاطئ نتيجة لسوء الفهم وقلة الاطلاع. فكتب الشريعة مركزة العبارة، تصاغ عباراتها عادة في دقة بالغة حتى لتبلغ في تركيزها أكثر مما تبلغه نصوص القوانين الوضعية من التركيز والدقة. وللفقهاء فوق ذلك كله تعبيرات واصطلاحات خاصة ينبغي أن يلم بها المرء قبل دراسة الشريعة، كما ينبغي أن يلم دارس القانون قبل دراسته بالاصطلاحات القانونية. فمن جهل الاصطلاحات الشرعية ولم يدقق في الاطلاع على نصوص الشريعة، فلاشك في أنه لن يصل إلى فهم كتب الشريعة فهما صحيحا. وهذا هو الذي حدث فعلا للقائلين : بأن الشريعة لم تحدد جرائم التعزير وعقوباتها، فأنهم لم يفهموا ما كتبه الفقهاء في هذه المسألة على وجهه الصحيح، ولو فهموه على وجهه لعلموا أن الشريعة حددت الأفعال المعدودة معاصي وعيبتها، وأن الشريعة توجب على القاضي قبل كل شيء أن يبحث عما إذا كان الفعل المنسوب للجاني معصية بحسب نصوص الشريعة أم لا، فإن وجد معصية بحث إن كانت التهمة ثابتة قبل الجاني أم لا، فإن كانت ثابتة عاقبه بإحدى العقوبات التي وضعتها الشريعة للتعزير، بشرط أن تكون عقوبة ملائمة في نوعها وكمها للجريمة وللمجرم. أما إذا وجد القاضي أن الفعل ليس معصية، فلا جريمة ولا عقوبة. وليس للقاضي ولا لأحد كائنا من كان أن يعدّ فعلا ما معصية، ما لم تعدّه الشريعة كذلك، وليس للقاضي ولا لأحد كائنا من كان أن يعاقب على معصية بعقوبة لم تقرها الشريعة وإلا كان محرّما ما أحله الله، مبيحا ما حرمه، وقائلا على الله بغير علم ...

١٠٣- منافع مما كتبه الفقهاء في التعزير: ونستطيع أن نتبين صحة ما قلناه من غرض بعض ما كتبه الفقهاء عن التعزير. فهذا فقيه حنفي يقول : "التعزير يكون في كل معصية، إلخ"، وليس فيه شيء مقدور، وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام على ما تقتضي جنابات الناس وأحوالهم.^(١) وهذا فقيه شافعي يقول: "من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عزز على

حسب ما يراه السلطان" (١) وهذا فقيه مالكي يقول بعد أن يعدد جرائم القصاص والديات وجرائم الحدود: "وما عداها فيوجب التعزير، وهو موكول لاجتهاد الإمام، وعزر الإمام لمعصية الله أو لحق آدمي" (٢). وهذا فقيه حنبلي يقول: "التعزير هو التأديب، وهو واجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، وأقله غير مقدر فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام والحاكم فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص" (٣) - ٥٢ - ...
فهذه الكلمات القليلة عن التعزير لا يمكن فهمها على حقيقتها إلا إذا فهم معنى المعصية ومعنى الحد، ومعنى الكفارة، ومعنى العقوبة المقدرة، والعقوبة غير المقدرة ...
ولقد بينا معنى المعصية والكفارة فيما سبق، فلنبين الآن معنى الحد ...
والحد: هو العقوبة المقدرة شرعا. ومعنى أنها مقدرة شرعا أن الشارع عين نوعها، وبين مقدارها بنفسه، ولم يترك للقاضي حق تعيينها أو تقديرها، ولم يجعل له أن ينقص منها أو يزيد فيها، أو يستبدل بها غيرها، أو يوقف تنفيذها، فهي عقوبة لازمة. وهي عقوبة تصبح بتعيينها وتقديرها ذات حد واحد، ولو كانت طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين. فعقوبة الزاني غير المحضن عقوبة مقدرة وهي الجلد مائة جلدة لا تنقص واحدة، ولا تزيد واحدة، وقد أصبحت بهذا التعيين والتحديد عقوبة ذات حد واحد، ولو أن طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين. وعقوبة القذف ثمانون جلدة لا تزيد واحدة ولا تنقص واحدة فهي عقوبة مقدرة، وعقوبة القصاص مقدرة بطبيعتها؛ لأنها لا تزيد ولا تنقص شيئا عما فعله الجاني، وعقوبة الدية مقدرة لأنها ذات حد واحد بتعيينها وتحديد مقدارها، بحيث لا يستطيع القاضي أن يزيد فيها أو ينقص منها ...
أما العقوبة غير المقدرة فهي كل عقوبة ترك للقاضي اختيار نوعها من بين عقوبات متعددة، وترك له أن يقدر كمها، إذا لم تكن بطبيعتها ذات حد واحد بحيث لا يرتفع عن حدها الأعلى ولا يتزل عن حدها الأدنى ...

المصدر: تعاليق "رقسم-٥٢-": فيختار العقاب الذي يراه رادعاه عن المعصية ومانعا لسواه عن ارتكابها ...

(١) المهذب ج/٢ ص/٣٠٦ ...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣١٩ ...

(٣) الإقناع ج/٤ ص/٢٦٨ ...

فإذا فهمنا معنى هذه الاصطلاحات سهل علينا أن نفهم ما يقوله الفقهاء عن التعزير، فإذا قالوا : إن التعزير يكون في كل معصية، فمعنى ذلك أن التعزير يكون في كل فعل نصت الشريعة على تحريمه. وإذا قالوا : إن التعزير ليس فيه شيء مقدر، فمعنى ذلك أن جرائم التعازير لم توضع لكل منها عقوبة معينة مقدرة، لانهيص من توقيعها على الجاني كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية، وإنما وضعت لها عدة عقوبات ليس القاضي ملزماً بتطبيق إحداها دون الأخرى، وإنما له أن يختار منها واحدة أو أكثر، فإذا اختار إحداها وكانت ذات حدين بطبيعتها فله أن يتزل بالعقوبة إلى الحد الأدنى، أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى. وعلى هذا إذا كانت عقوبة الجريمة التعزيرية معينة بالنص على عقوبات التعزير، فإن عقوبة الجريمة التعزيرية ليست مقدرة لعدم النص على حد معين لازم من العقاب. وإذا قال الفقهاء إن التعزير مقوض لرأي الإمام أو الحاكم أو اجتهداهما، فمعنى ذلك أن القاضي، وهو القائم مقام الإمام أو السلطان أو الحاكم، ترك له حق اختيار عقوبة التعزير وتقديرها طبقاً لما يراه من ظروف الجريمة وظروف المجرم، وطبقاً لما يؤديه إليه اجتهاده ورأيه الشخصي في تقدير هذه الظروف...

كل ما قاله فقيها للدفاع عما جرى عليه أسلافنا من ترك مهمة تحديد الجرائم والعقوبات للقاضي لا يعفينا من واجب تقنين التعازير، لأن قضائنا وحكامنا لم يعودوا مجتهدين، وقد فوض لهم الفقه في الماضي هذه المهمة لأنهم كانوا فقهاء ويشترطون فيهم أن يكونوا مجتهدين.

وما دما قد وصلنا الآن إلى أن يكون قضائنا وحكامنا مجرد مقلدين، فلا بد أن يقوم الاجتهاد الجماعي، أو أهل الذكر بمهمة التقنين.

لقد أشار الشهيد عودة إلى أن الشريعة تركت "لأولى الأمر" النص على بعض التعازير بحسب ما تقتضيه حال الجماعة والدفاع عن مصالحها ونظامها العام.. بشرط ألا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة ومبادئها العامة.. ومن الضروري أن توضح أنه يقال عادة إن "أولى الأمر" الذين تركت لهم الشريعة حق تقنين التعازير هم العلماء والفقهاء، ويقصد بذلك أنهم أهل الاجتهاد - ومنهم القضاة (لأن الفقه كان يشترط فيهم أن يكونوا من المجتهدين) - والمهم عندنا أن يعلم الجميع أنه لا يجوز أن يفهم من ذلك أنهم سلطات الدولة أو السلاطين أو الحكام، وخصوصاً أولئك الذين يفرضون ولايتهم بالقوة والغلب ويدعمون سلطتهم بالقوانين الوضعية التي يفرضون بها ولايتهم، ويصفون أحكامها الجائرة بأنها "شرعية وضعية"⁽¹⁾؛ فهؤلاء ليسوا "أولى الأمر" في نظر الفقه... وفي هذا الصدد عرضنا في كتابنا "فقه الشورى والاستشارة" ثلاث نقاط نرى من الضروري أن نؤكد عليها هنا لإتمام - موضوع التقنين - وهي كما يلي:

1 - أن الاجتهاد في العصر الحاضر والمستقبل أصبح جماعياً، فلا يستقل به أشخاص أو أفراد معينون، وذلك للأسباب التي أوردها الفقهاء تبريراً لقاعدة قفل باب الاجتهاد - والمقصود بالتعطيل في نظرنا هو الاجتهاد الفردي وحده لا الجماعي.

يراجع قولنا: "إذا كان هناك من يتردد في القول بوجود اجتهاد فردي نتيجة الخمول والتخلف السياسي الذي سيطر على عالمنا، وأثر في ثقافتنا ومجتمعنا قروناً طويلة، وأدى إلى توقف علمائنا عن ممارسة الاجتهاد المطلق الفردي وعدم نزاهة من يسمون فقهاء السلاطين الذين يخضعون لأهواء الحكام المستبدين، فإن باب الاجتهاد الجماعي بقي مفتوحاً ولم يقفل قط في نظرنا، ولا بد من التوسع فيه في المستقبل وتنظيمه عن طريق إنشاء مجالس ومجامع متخصصة لذلك، أو عن طريق الشورى المرسلة بمناقشة كل فقيه آراء غيره في كتيبه ودروسه أو مناظرات علمية.

(1) يراجع بند (51) وبند (59).

❁ قفل باب الاجتهاد الفردي فقط، أما الجماعي فإنه مفتوح دائما :

إن كثيرين من علماء الشريعة المعاصرين يرون أن تنظيم الاجتهاد الجماعي أصبح ضروريا، ويقترحون أن تعقد مجالس أو مجامع فقهية تضم عددا كبيرا من العلماء والخبراء - أهل الذكر - يتشاورون ويتبادلون الرأي، ويكون رأيهم اجتهادا يكمل ما قدمه المجتهدون من قبل، ويوالون بذلك تزويد الفقه الإسلامي بما يحتاج إليه من أحكام مستحدثة تستجيب لمطالب الشعوب الإسلامية في هذا العصر وما يليه من عصور، ويصفون ما يصدر عن هذا المجلس بأنه اجتهاد جماعي أو شوري.⁽¹⁾

2 - أن الاجتهاد حتى ولو كان فرديا لا يستقل به الأئمة من الفقهاء - وإنما يساهم فيه طوائف كثيرة من "أهل الذكر" أي أهل الاختصاص والخبرة في الطب والسياسة والحرب والزراعة والتجارة ... وما إليها من المهن التي تتأثر بالأحكام الشرعية - بل وكذلك جماهير العامة الذين لهم حق مناقشة المفتين والعلماء والأئمة وإبداء ما يرونه من ملاحظات على مدى تجردهم من الأهواء الشخصية أو التأثير بإغراءات السلاطين وضغوطهم ...

وقد أشروا إلى دور الأفراد العاديين في الاجتهاد في كتابنا فقه الشورى والاستشارة،⁽²⁾ لأن الفرد هو صاحب الحق الأول والواجب الأول في أن يجتهد لنفسه في حدود استطاعته ويستنبط الأحكام من مصادرها الشرعية - وقد قرر ذلك أستاذنا الشيخ محمود شلتوت في كتابه⁽³⁾.

3 أن الاجتهاد الجماعي أو الفردي هو تشاور أو مشورة ينتج عنها فتوى أو نصيحة أو استشارة لا تلزم إلا من يقتنع بما وثق بحجيتها ويقتنع بأدلتها ...

(1) يراجع ما كتبه الشيخ محمد الطاهر بن عاشور في كتابه "مقاصد الشريعة" طبعة 1978م، ص 141 حيث قال : "وإن أقل ما يجب على العلماء في هذا العصر أن يبدؤوا به من هذا الغرض العلمي، هو أن يسعوا إلى جمع مجمع علمي يحضره أكبر العلماء بالعلوم الشرعية في كل قطر إسلامي على اختلاف مذاهب المسلمين في الأقطار، ويبسطوا بينهم حاجات الأمة ويصدروا فيها عن وفاق فيما يتعين عمل الأمة عليه، ويعلموا به أقطار الإسلام".

(2) فقه الشورى البند 41 ص 247-الفقرة (3) وص 248 الفقرة الأولى فقط و ص 249 وص 250 يليها البند 38 ص 224 الفقرة الأخيرة وص 225 الفقرات الأربع الأولى، ثم ص 248 ابتداء من الفقرة (2).

(3) يراجع كتاب الشيخ محمود شلتوت بعنوان "العقيدة والشرعية" : (في البند 39 - ص 236 الفقرة 2 تحت عنوان "الاجتهاد الشخصي" إلى نهاية الصفحة).

❁ الآراء الاجتهادية سواء فردية أو جماعية لا تلزم إلا من يقتنع بها :

أما الشورى فهي قرارات تصدرها الجماعة أو الأمة لتكون ملزمة للجميع بمقتضى مبدأ الإجماع (سواء كان إجماعاً مطلقاً شاملاً أو إجماع الجمهور أى الأغلبية) بحسبان أن الانتماء للجماعة معناه أن قرار الشورى الملزمة يكفى فيه إجماع الجمهور أى الأغلبية، وعلى الأقلية أن تلتزم دائماً بقرار الأغلبية الصادر نتيجة شورى حرة شاركوا فيها وعرضوا وجهة نظرهم أو لم يكن هناك مانع يحول دون ذلك .

4 - أن الشورى هى المصدر المباشر لأحكام الشريعة طبقاً لآية الشورى التى وصفت جماعة المسلمين بأن أمرهم "شورى" - وأن ذلك هو ما حدث فعلاً قبل الهجرة عندما كان المسلمون فى مكة ولم ترد فى تلك الفترة نصوص قرآنية تتضمن أحكاماً قانونية فى هذه المرحلة رغم طولها ... ولذلك فإنه يستفاد من هذه الآية أن المصدر الشرعى للأحكام القانونية التى طبقها المسلمون فى مكة قبل الهجرة كان الشورى فيما لم يوجد بشأنه أمر الهى أو سنة نبوية .

أما بعد الهجرة فى حياة رسولنا الكريم ثم فى عهد الخلفاء الراشدين، فقد استمر التشاور فى نطاق الفقه، سواء للوصول إلى ما قرره القرآن أو السنة من أحكام علم بها البعض ولم يعلم بها الآخرون، أو لاستنباط الأحكام الاجتهادية فيما لا يوجد فيه نص فى الكتاب أو السنة .

وقد استمر الوضع على هذا المتوال بعد ذلك - لكن التشاور كان مراسلاً طوال عصور تاريخنا ولم يكن فى مجالس نظامية ...
وقد بينا ذلك بوضوح فى كتابنا فقه الشورى (1)

* * *

إننا نصر على نقد كل ما يفهم منه أن تقنين التعازير موكول إلى "ولى الأمر - أو السلطان - أو الإمام - أو الحاكم"، لأنه من المؤكد أن قصد فقهاءنا أن الذى يتولى هذا "الأمر" هو من اشترطوا فيه أن يتوافر فيه الأهلية للاجتهاد من هؤلاء، لأنهم كانوا يشترطون ذلك لصحة ولاية القضاء أو الإمامة أى الخلافة. وبناء على ذلك، فرأينا هو أن من لا يتوافر لديه شرط الاجتهاد لا يجوز أن يتدخل فى التشريع ولا أن يتولى تقنين التعازير أو يشارك فيه ... ولا يجوز وصفه بأنه يُعدُّ ولى الأمر فى الفقه والتشريع .

(1) يراجع كتابنا "فقه الشورى" فى البد 39 ص 240 الفقرة (2) وص 241 وص 246 الفقرة (3) وما بعدها .

ونعبد هنا ما قلناه من قبل إن "الحاكم" في كتب الفقه كان يُقصد به القاضي، فلا يشمل من نسميهم أو يسمون أنفسهم حكاماً في هذا الزمان .
 كما أن قوله إن القاضي يقوم مقام الإمام أو السلطان أو الحاكم فيه تجرؤ . ويكفي أن نستشهد هنا بما قرره السنهاوري في كتاب فقه الخلافة حيث يقول :
 "كانت ولاية القاضي من الوجهة النظرية نيابة عن الخليفة - ولكن الفقهاء يقررون أنه من الوجهة الشرعية فإن القاضي يتولى نيابة عن الأمة - وبناء على تولية الخليفة له - أى أنه يحكم بناء على ولاية المسلمين عامة"⁽¹⁾
 والوجهة النظرية التي أشار إليها السنهاوري كانت مبنية على أن الخليفة يشترط فقهاؤنا فيه أن يكون مجتهداً وله بذلك حق ولاية القضاء باعتباره مجتهداً ويقضها للقاضي - أما إذا كان غير مجتهد فلا دخل له بولاية القضاء لا بالأصالة ولا بالنيابة . فالسلاطين والرؤساء والأمراء في زماننا ليسوا هم الأئمة الذين اشترط الفقه فيهم صفة الاجتهاد .
 إننا نعتزلف لفقهاء شريعتنا أنهم حرصوا أشد الحرص على حرمان السلاطين ورؤساء الدول وكل من يتولون السلطة التنفيذية من ادعاء حق التعزير، وأنهم كانوا يعطون هذه السلطة للقضاة بصفتهم فقهاء مجتهدين وكانوا يصفون القضاة بأنهم الحكام .
 والثابت في جميع عصور تاريخنا أن الأمراء والخلفاء لم يدعوا لأنفسهم سلطة التعزير أو التشريع، وإن كانوا قد ارتكبوا في كثير من الأحيان أعمال عنف وقسوة لا تسوغها الشريعة ولا تقرها . فقد كانت أعمالاً تنفيذية أو سلطوية عدوانية لا عملاً تشريعياً لها . وحصر ولاية التعزير في القضاة كان سببه أنهم فقهاء مجتهدون، وهذا المبدأ نتيجة حتمية للمبدأ الشرعي الذي يوجب أن يكون التعزير مبنياً على مبادئ الشريعة وروحها، وفي إطار مصادرها وأصولها . وقد صرح بذلك الشهيد عوده بقوله : "إن القواعد الشرعية (في التعزير) لا ترتبط بالحكام ولا بنظام الحكم (كما في القوانين الوضعية) وإنما ترتبط بالدين الإسلامي وشريعته"⁽²⁾

(1) يراجع كتاب "فقه الخلافة" للسنهاوري - النص العربي بالطبعة الأولى (أصدرتها هيئة الكتاب في مصر

عام 1989م - بند (150) ص (214) :

(2) يراجع البندان (46، 47) حيث قال صراحة : "إن القوانين الوضعية هي من صنع الفئة الحاكمة

تتأذى فيها مصالحها دون غيرها من الفئات ..."

ومعنى ذلك أن فقهاءنا يعطون المجتهدين الحق في تحديد أفعال التعازير وجزاءاتها ليكون استنباطهم لها على أسس شرعية، ويعطونه للقضاة كذلك بحسبهم مجتهدين عندما كانوا كذلك، لا بحسبهم تابعين للحكومة أو السلطة التنفيذية ولا ممثلين للدولة ولو وصفت بأنها خلافة. ويُعَدُّ المجتهدون أو أهل الاجتهاد الجماعي في زماننا هم أولى الأمر في مجال التقنين الذي أصبح واجبا عليهم في هذا العصر وما بعده.

وسبب الوجوب الآن هو ما يلي :

أولا : أن المستبدين من الرؤساء والحكام في كثير من دولنا قد تصدوا فعلا لإصدار قوانين وضعية بتحديد الجرائم والعقوبات دون تقييد بمصادر الشريعة - بل يرفضون تطبيق الشريعة، ولا يلتزمون بأن تستمد القوانين من مبادئ الشريعة أو أن تستقيد بأصولها ومصادرها .

وما دام الناس قد تعودوا أن يروا قوانين مكتوبة ومنشورة في المسائل الجنائية، فلا بد من أن نقدم لهم تقنيات شرعية لتحل محل القوانين الوضعية التي لم تكن مستمدة من الشريعة أو مصادرها الإلهية والفقهية .

في نظرنا أنه لا يمكن للسلطين وأمثالهم من الرؤساء أو الزعماء أو رجال السياسة أن يتأكدوا من وجود هذا الارتباط بين النص وبين المصادر الإلهية للشريعة، والذي يقدر على ذلك هم رجال العلم والفقه وأهل الاجتهاد. فلا بد أن يكون التقنين من اختصاص أهل الاجتهاد والفقهاء، يساعدهم في ذلك أهل الذكر من الخبراء - ويكون ذلك تحت إشراف جهات العامة التي تختارهم لذلك وتفوضهم فيه .

ثانيا : كلمة الحاكم وكلمة الإمام⁽¹⁾ في كتب التراث قد تغير مدلولهما في اللغة المعاصرة. فالحاكم في العصور السابقة كان يُقصد به القاضي المجتهد، والإمام كان يُقصد به غالبا أئمة الفقه المجتهدون في المذاهب المختلفة أو الخليفة الذي كان يشترط فيه أن يكون مجتهدا .

أما في لغتنا المعاصرة فإن كثيرين يطلقون اللفظين (الحاكم والإمام) على رؤساء الدول والسلطين غير المجتهدين، وقد ساهم فقهاء السلطين في ترويج ذلك في كتاباتهم.

(1) تراجع النماذج التي أوردها الشهيد في البند (103) .

النصوص الشرعية بتحريم أفعال معينة أو العقاب عليها هي أساس

النظريات التشريعية التي تستمد منها أحكام التعازير :

- يضاف لذلك سبب آخر : هو تعقد شئون الأفراد والجماعات في العصر الحاضر وما بعده، الأمر الذي يفرض زيادة المسائل التي تحتاج إلى تجريم وعقاب - والواجب أن يتم ذلك بجهد من يؤهلهم علمهم أو خبرتهم لذلك، بشرط أن يحوزوا ثقة جماهير العامة التي لها المصلحة في التأكد من نزاهتهم .
إضافة إلى ما قدمه فقهاء من نصوص تشير إلى المعاصي الشرعية، فإننا نرى أن النصوص التي فرضت عقوبات مقدرة (حدًا أو قصاصًا) هي أولى النصوص التي يجب الاستفادة منها في معرفة "المعاصي الشرعية" بحسابها لا تقتصر على تحريم الأفعال التي تقررت لها تلك العقوبات، بل هي أساس نظرية تشريعية توجب حماية حقوق أو قيم اجتماعية معينة، يجب أن نعدّ كل عدوان عليها معصية شرعية أو فعلاً ضاراً يستحق التعزير .

فالعقاب على جريمة الزنا مثلاً هو أساس نظرية تشريعية لعدّ كل عدوان على الأسرة أو على العرض معصية ولو لم يصل إلى حد الزنا .
والعقاب على السرقة أساس نظرية تشريعية واسعة توجب عدّ كل عدوان على المال أو الحقوق المالية معصية ولو لم يصل إلى حد السرقة .
والعقاب على قذف المحصنات أساس نظرية تشريعية توجب عدّ كل عدوان على سمعة الأفراد أو كرامتهم وشرفهم معصية تستحق التعزير ...
وهكذا، فإن كل نص فقهي بالتعزير على فعل معين يجب أن يكون أساسه نظرية تشريعية تستبطن من نص شرعي بعقوبة مقررّة على فعل معين .
إننا نرى أنه لم يعد يكفي القول بأن النصوص الشرعية التي تقرر عقوبة مقدرة يقصد بها مجرد حكم شرعي بالعقاب الحدي على جريمة معينة؛ بل إن لها مقصداً أسمى وأبعد من ذلك، هو حماية حق أو حرمة أو قيمة اجتماعية أساسية بالتعزير على كل فعل يهددها أو يضر بها بالتعزير ولو لم يكن هناك نص شرعي بالعقاب الحدي على مرتكبها، وبهذا لا يكون التعزير تحكيمياً؛ بل يكون أساسه نظرية تشريعية تبنى على نص شرعي .
ونضيف لذلك أن التعزير لا يقصد به فقط العقوبات الجنائية، بل يتسع لتدابير وقائية وتربوية وتهديبية، يختص القضاء وحده بفرضها .

١٠٤- كيف فرضت الشريعة عقوبات التعزير: بينا فيما سبق أن الشريعة نصت على جرائم التعازير وعيبتها، وقدمنا الدليل على ذلك من نصوص الشريعة، ومن قواعدها العامة، ومن النصوص التي حرمت الجرائم وعيبتها. وقلنا إن الشريعة كما نصت على جرائم التعزير نصت أيضا على عقوبات التعزير، والآن نقدم الدليل على هذا القول:

أولا: عقوبة الوعظ، وعقوبة التهديد، وعقوبة الجلد أو الضرب: هذه العقوبات نص عليها القرآن والسنة، فيقول الله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٣٤]. فهذا النص القرآني يفرض ثلاث عقوبات تعزيرية على المرأة التي لا تطيع زوجها، وهي الوعظ والهجر والضرب. ولما كان النشوز وعدم الطاعة معصية لا حد فيها ولا كفارة، فمعنى ذلك أن هذه العقوبات فرضت لكل معصية لا حد فيها ولا كفارة-٥٣-...

وإذا كان المجر في المضاجع عقوبة خاصة بالمرأة لا يملكه إلا الزوج، فإن المجر في المضاجع ليس إلا نوعا من المجر، وقد أمر الرسول بمجر الثلاثة الذين خلفوا، وأمر عمر بمجر صبيغ. فالمجر عقوبة عامة معناها المقاطعة وحدها توبة المهجور^(١)... وقال رسول الله ﷺ: "رحم الله امرأ علق سوطه بحيث يراه أهله"، وقال "لا ترفع عصاك عن أهلك"، وقال: "علموا أولادكم الصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر". وقال: "من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين". فهذه النصوص تفرض عقوبتين: أولاهما: التهديد بالعقاب والتخويف منه، وهذا ما يستفاد من تعليق السوط بحيث يرى وعدم رفع العصا. والثانية هي الضرب بالعصا أو الجلد بالسوط. والنص الأخير-٥٤- صريح في جواز الجلد في غير الحدود، كما أنه يعين الحد الأعلى لعقوبة الجلد على رأي...

التصديق

تعليق "رقم-٥٣-": إن هذه العقوبات الثلاث، وإن كان مردها لا حد فيه ولا كفارة، إلا أنه لا يمكن الحكم بها في كل مورد لا حد فيه ولا كفارة، بل يرجع في مقداره إلى الحاكم الشرعي فيختار ما يراه رادعا للشخص عن المعصية ثانيا، ومانعا لغيره عن الإتيان بها كما ألمعنا إلى ذلك قريبا. نعم إن المجر عقوبة لجميع العصاة إذا كان فيه تأديب لهم وكان زاجرا لهم عن العود إلى العصيان...

التصديق

تعليق "رقم-٥٤-": النص الأخير إنما يمنع من وصول التعزير إلى الحدود ولا يستفاد منه جواز الجلد في غير التعزير...

عوده

فالقرآن والسنة إذن يفرضان عقوبات الوعظ والهجر والتهديد والجلد، وعقوبة الجلد والضرب ذات حدين بطبيعتها. ويرى البعض أن الحديث السابق عين الحد الأعلى للعقوبة-٥٥- بينما يرى البعض أن الحد الأعلى يعينه ولي الأمر^(١). أما عقوبة الوعظ والتهديد فكلاهما عقوبة ذات حد واحد بطبيعتها، أما عقوبة الهجر فهو توبة المهجور كما قلنا من قبل ...

ثانيا : عقوبة التوبيخ: يروى عن أبي ذر أنه قال : سأيت رجلا فغيرته بأمة، فقال رسول الله ﷺ: "يا أبا ذر غيرته بأمة؟ إنك امرؤ فيك جاهلية". فهذا هو الرسول يعاقب أبا ذر بتوبيخه، ومن ثم يكون التوبيخ عقوبة تعزيرية، وسنة سننها الرسول، والسنة هي المصدر الثاني للشرعية سواء كانت عملية أو قولية ...

ثالثا : الحبس والصلب: ومصدر هاتين العقوبتين هو السنة العملية أيضا فمما يروى عن الرسول أنه حبس شخصا في قهمة، وأنه صلب رجلا حيا على جبل يقال له أبو ناب^(٢) ...

رابعا : القتل: مصدر هذه العقوبة السنة القولية، فيروى عن الرسول ﷺ أنه قال: "من أتاكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم، ويفرق جماعتكم فاقتلوه".-٥٦- وفي رواية: "ستكون هنات وهنات، فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهي جمع فاضربوه بالسيف كأننا من كان"-٥٧-^(٣)، والمقروض أن عقوبة القتل مقررة للجرائم الخطيرة.

الشاوي

رأينا في "تعليق-٥٤-": نؤيد ماقرره من أنه لا يجوز أن يصل التعزير إلى مرتبة الحد في الجلد والضرب، وأن المبدأ العام هو أن التعزير يكون بأي إجراء يرى المجتهدون أنه يحقق مقصد الشريعة من تشريع التعازير دون حاجة للبحث عن نص بذلك ...

المصدر

تعليق "رقم-٥٥-": أي منع من وصول التعزير إلى مرتبة الحد ...

الشاوي

رأينا في "تعليق-٥٥-": راجع رأينا السابق رقم-٥٤- ...

المصدر

تعليق "رقم-٥٦-": مر آنفا المراد من هذا الحديث ...

المصدر

تعليق "رقم-٥٧-": في ظرف اجتماعها على حق ...

الشاوي

رأينا في "تعليق-٥٦-، -٥٧-": يشترط أن تكون الأمة مجمعة على الحق ليعاقب من يخرج على وحدها بالقتل ...

(١) راجع الفقرة : ٤٨١ ...

(٢) راجع الفقرتين : ٤٨٢، ٤٨٦ ...

(٣) راجع الفقرة : ٤٨٠ ...

خامساً: الغرامة والتشهير والنفي: ومصدر هذه العقوبات الإجماع-٥٨- والإجماع مصدر من مصادر الشريعة كالقرآن والسنة^(١) ... وظاهر مما سبق أن العقوبات التعزيرية مصدرها القرآن والسنة والإجماع، ومن ثم فهي عقوبات شرعية مقررة بطريقة شرعية لاشك فيها^(٢) ... وفي الوقت الذي حددت فيه النصوص وفعل الرسول وإجماع الأمة أنواع العقوبات التعزيرية، انعقد الاجتماع على أن يترك للقاضي اختيار العقوبة الملائمة وتقديرها، كما ترك له أن يمضي العقوبة أو يوقف تنفيذها ...

المصدر تعليق "رقم-٥٨-": ويدل على الغرامة أيضا الحديث المشهور: من أتلّف مال الغير فهو له ضامن ...

ويدل على التشهير حين إقامة حد الزنا قوله ﷺ: «وليشهد عداهما طائفة من المؤمنين» [النور: ٢]..

ويدل على نفي الزاني الشاب الحدث، الخبر المروي عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) أنه قال: إذا زنى الشاب الحدث السن جلد وحلق ونفي ستة عن مصره ...

الشاي رأينا في "تعليق-٥٨-": يورد نصوصا من القرآن أو السنة تجبز عقوبات الغرامة والتشهير والنفي، ولا يكفي بالإجماع الذي استند إليه فقيهننا، والذي يعتقد أن الجمعية لا تعدّه مصدرا مستقلا للتشريع ... ويراجع رأينا في تعليقه رقم (٥٤) فيما سبق ... كما أن الحديث الذي أوجب ضمان المال الذي أتلّف لا محل للاستشهاد به على عقوبة الغرامة لأن الضمان تعويض مدني وليس غرامة جنائية ...

(١) راجع الفقرات: ٤٨٥، ٤٩١، ٤٩٣ ...

(٢) تكلمنا هنا عن العقوبات بغاية الاختصار ولكننا فصلنا القول عن العقوبات الشرعية في كتاب العقوبة.

كل ما ذكره عن أنواع العقوبات التعزيرية التي أشارت لها النصوص التشريعية لا يكفي في نظرنا للقول بأننا التزمنا بتطبيق مبدأ أنه لا عقوبة إلا بنص - بل لابد من أن يتم اختيار العقوبة لكل جريمة مع بيان الحددين الأقصى والأدنى لها، في نصوص فقهية مقننة ومعلنة، وذلك قبل وقوع الجريمة. وهذا هو موضوع التقنين .

إنه يُعدّ ما قرره الشريعة بشأن المعاصي كافيا للقول بأنها حددت الجرائم - وهذا فيه تجوّز - لأن المشرع قد فوض لاجتهاد الأمة أن تحدّد جرائم التعازير، وهذا التفويض يلزم الأمة بهذه المهمة؛ فهي المسئولة عن القيام بها بواسطة من تختارهم من أولى الأمر من الفقهاء وأهل الذكر

ونحن نريد أن نذكر القارئ بأن كلمة التعزير في فقهاء لا يجوز أن تُعدّ مرادفة للعقوبة الجنائية - بل هي أوسع من ذلك نطاقا - لأن المقصود بها هو التهذيب والتأديب والتربية، وتشمل ما يدخل في نطاق العقوبة الجنائية وإلى جانب ذلك تشمل التدابير التعبدية والاجتماعية التي لا يجوز وصفها بأنها عقوبة جنائية، ولذلك لا نوافق على تسويته بين "الوعظ" الذي هو مجرد النصح والتحذير والتذكير بالجزاء الأخروي؛ وبين الجلد أو الضرب .

كذلك ما يسميه "المجر في المضاجع" لا يصح في نظرنا وصفه بأنه "عقوبة جنائية" وما يسميه التوبيخ والتأنيب .

إن وصف هذه الجزاءات بأنها "تعزير" لا يعنى عدّها عقوبات جنائية؛ لأن التعزير له مضمون اجتماعي وتأديبي وتربوي لا يجوز تجاهله اكتفاء بوصف هذه الإجراءات بأنها عقوبات ونسبة ذلك إلى "الإجماع" .

لقد لاحظنا أن دراسة القوانين الوضعية والفقهاء العصري قد أفادته في الاتجاه إلى استعمال المصطلحات أو التوبيع العصري في دراسته - ولكننا هنا نرى أن هذه الدراسة العصرية قد استدرجته إلى وصف التعازير بأنها عقوبات وهي ليست كذلك دائما في فقهاء، وإن كانت العقوبات جزءا منها؛ فإنها ليست كلها من هذا النوع .

إنه أقر بأن السلطة الواسعة التي منحتها الشريعة للقاضي قصد بها تكمينه من علاج "المجرم والجريمة"، ونحن نضيف أن العلاج لا ينحصر في "العقوبات الجنائية" بل يشمل تدابير فردية واجتماعية وتعبدية لا يجوز في نظرنا وصفها بأنها عقوبات لجردها أنها تؤدي وظيفة الإصلاح والعلاج التي شرع التعزير من أجلها . وإذا كانت القوانين الوضعية التي طالما

التقنين يحسن أن يميز بين التعازير التي تعد عقوبة جنائية وتلك التي

تكون تدابير وقائية:

ذكرنا بأنها تختلف عن شريعتنا في مصدرها ومقاصدها ومحتواها وفلسفتها إنما تتكلم عن "العقوبات" وحدها فلا يجوز لنا أن نقيس أقوال فقهاءنا ولا أحكام شريعتنا على تلك الأقوال والقوانين ولا استخدام تسمية التعازير على أنها "عقوبات" دائما . إن هذه الملاحظة لها أثرها عند "التقنين"، لأنه إذا أردنا سد الباب أمام طوفان القوانين "الوضعية" فلا بأس من أن يكون التقنين محصورا في نطاق التشريع الجنائي العقابي، وأن يُوصف بأنه تقنين العقوبات. ولكن ليس معنى ذلك وصفه بأنه تقنين للتعازير، ولا يجوز إدخال جميع التعازير في نطاق هذا التشريع لأنها أوسع من ذلك بكثير. وأكثرها إجراءات تعبدية وتربوية وأخلاقية واجتماعية لا يصح وصفها بأنها "عقوبات جنائية". ثم إن القوانين الوضعية دائما قد اضطرت إلى الاعتراف بما يسمى "تدابير وقائية" أو "التدابير الاحترازية" وعدّها خارجة عن نطاق "العقوبات الجنائية". وما يقرره فقهاءنا من تدابير تعبدية أو أخلاقية توجه الفرد نحو التوبة والاستقامة يمكن أن تدخل ضمن هذه التدابير الوقائية، لكنها لا يصح في نظرنا أن تسمى عقوبات وإن كانت جزءا من "التعازير". على أن التقنين يمكن -بل يجب في نظرنا- أن يتضمن نصوصا بشأن تدابير الوقاية التي تقيد حريات الأفراد أو حقوقهم، وما عدا ذلك ينص على حق القاضي في الأمر به مع تحديد شروط ذلك في تقنين خاص للتعازير الوقائية يميزها عن التعازير العقابية.

* * *

إننا نخشى أن تكون بعض الأحاديث التي أوردها غير موثقة؛ مثال ذلك أن فقيها أورد حديثا عن السوط في المتول دون أن يشير إلى ما يعيننا على إبداء الرأي في صحة روايته؛ ولذلك لا نستطيع أن نعدّه نصّا قطعيا، وليس هناك ما يدل على أن الاحتفاظ بالسوط مقصود به استعماله لتأديب الزوجة أو الأولاد أو أن له علاقة بما يسمى حق الزوج في التأديب بل يمكن أن يكون الغرض منه هو تطمينهم إلى أن رئيس الأسرة مستعد للدفاع عن حرمة بيته وأهله... ضد كل عدوان من الخارج. كما أنه لم يقدم دليلا على صحة الرواية التي تنسب إلى الرسول (صلى الله عليه وسلم) أنه صلب رجلا حيا، ولذلك لا يمكن أن نعتمدها.

ولنحسب أن تحديد التدابير أو الجزاءات التي يحكم بها تعزيرا في كل معصية هو من اختصاص أهل الاجتهاد الذين لهم ولاية تحديد التعازير وعقوبات كل منها، على أن يلتزم قضاة عصرنا بما ينص عليه التقنين الشرعي لأهم مقلدون وليسوا مجتهدين .

١٠٥ لا جريمة ولا عقوبة في التعزير بغير نص : وظاهر مما سبق أن الشريعة الإسلامية نصت على جرائم التعزير وعقوباتها، وعينت الجرائم وحددت العقوبات تحديدًا دقيقًا بحيث لا يستطيع القاضي أن يعاقب على فعل لم تحرمه الشريعة، ولا يستطيع أن يعاقب بغير العقوبات المقررة للتعزير، ولا أن يخرج على حدودها ...

وإذا كانت هذه هي شهادة النصوص الصريحة، وشهادة الواقع الملموس، فإن القول بأن للقاضي سلطة تحكمية في جرائم التعزير هو قول لا أساس له، ولا تكون مغالين إذن إذا قلنا : إن أساس هذا القول هو قلة الاطلاع أو سوء الفهم. فالحقيقة التي لا يجادل فيها إلا مكابر أن كل من أوتي حظًا من الاطلاع على نصوص الشريعة، وقدرة على تفهم أساليب الفقهاء واصطلاحاتهم يعلم حق العلم أن القاضي ليس له سلطة تحكمية ولا غير تحكمية في تعيين الجرائم والعقوبات، وأن نصوص الشريعة تكفلت ببيان الجريمة والعقوبة، وأن سلطة القاضي منحصرة في تطبيق النص على الواقعة المعروضة عليه، فإن انطبق وقع على الجاني العقوبة، ولكن الشريعة أعطت القاضي سلطة واسعة في اختيار العقوبة التي يراها ملائمة من بين عقوبات مقررة للجريمة، وجعلت له أن ينظر في اختيار العقوبة إلى شخصية المتهم وسوابقه، ودرجة تأثيره بالعقوبة، كما ينظر إلى الجريمة وأثرها في الجماعة، وجعلت للقاضي أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها وأن يصعد بالعقوبة إلى حدها الأعلى، أو ينزل بها إلى حدها الأدنى، وله أن يعاقب المتهم بوعظه أو توبيخه أو تهديده فينبذره بأن لا يعود لمثل ما فعل، وله أن يعاقب بأشد من ذلك بحبس أو بغرامة، وله أن يعصي العقوبة أو يوقف تنفيذها ...

هذه هي سلطة القاضي في الشريعة، وهي ليست سلطة تحكمية، وإنما هي سلطة أعطيها ليتمكن من علاج المجرم والجريمة، وهي سلطة اختيار وتقدير لا سلطة تحكم واستعلاء قصد منها تمكين القاضي من تقدير خطورة الجريمة والمجرم واختيار العلاج المناسب لهما. وإنما لسلطة قيمة أن تحقق العدل، وترفع الحرج وتضع الأمور في مواضعها، وتعاقب كلا بما يستحقه ...

وهذه الطريقة التي ابتكرتها الشريعة من ثلاثة عشر قرنًا لمعالجة جرائم التعزير هي الطريقة التي اتجهت إليها القوانين الوضعية أخيرًا، فهي تنحو نحو توسيع سلطان القضاء في اختيار العقوبة الملائمة للمجرم والجريمة وتقدير هذه العقوبة، فبجعل للقاضي أن يختار في الغالب بين عقوبتين، أو يوقعهما معًا، وأن يرتفع بالعقوبة إلى

حدها الأعلى، أو ينزل بها إلى الحد الأدنى، وتجعل للقاضي أيضا أن يوقف تنفيذ العقوبة أو يمضيها بشروط معينة. ولكن سلطة القاضي في القوانين الوضعية لا تزال أضيق بكثير من سلطة القاضي في الشريعة الإسلامية، وكثيرا ما يتعرض الأول للخرج حيث يجد نفسه عاجزا عن توقيع العقوبة التي تتلاءم مع الحالة المعروضة عليه. ولقد كان هذا سببا دعا الكثيرين من علماء القانون إلى أن يطالبوا بتوسيع سلطان القاضي، واقترح بعضهم حلاً للمشكلة ألا ينص القانون على عقوبة كل جريمة بذاتها بل تعين الجرائم دون تعيين عقوباتها، ثم تعين العقوبات التي يستطيع القاضي تطبيقها، ويترك له أن يختار هو لكل جريمة العقوبة الملائمة بعد تقدير ظروف الجريمة وظروف الجاني. وهذه الطريقة التي يقترحها بعض علماء القانون هي نفس الطريقة التي تسير عليها الشريعة في جرائم التعزير ...

ما زلنا على رأينا بأنه لا يجوز الخلط بين النصوص الشرعية المقررة للمعاصي والنصوص الاجتهادية التي يجب أن تحدد الجرائم كل منها على حدة؛ وعقوبة كل منها، وهذا هو ما نسميه واجب الأمة وممثليها في الاجتهاد لتقنين التعازير .

مع ملاحظة ما أشرنا إليه بأننا لا نوافق على قياس التعازير جميعها على "العقوبات الجنائية" لأنها تشمل تدابير وقائية ذات طبيعة تأديبية وتربوية وتعددية هي أفضل من العقوبة في منع الجرائم والوقاية منها، وليس من الجائز إدخالها ضمن "العقوبات الجنائية" لأن ذلك يشوه صورتها ويحول دون تحقيق أهدافها التربوية والاجتماعية والسلوكية.

إن ما ذهب إليه فقيهنا من وجود نصوص تبين الأفعال المعدودة معاصي، ونصوص أخرى تشير إلى أنواع التعازير لم يعد كافياً في عصرنا ولا في المستقبل لتطبيق مبدأ الشرعية في نظرنا، بل لابد من تقنين فقهي واضح يتضمن نصاً خاصاً يبين كل جريمة على حدة وعقوبتها؛ حتى يصح قوله بأن الشريعة عينت (بواسطة الاجتهاد) الجرائم التعزيرية وحددت العقوبات أو الجزاءات تحديداً دقيقاً⁽¹⁾.

إن دور الاجتهاد في إعداد التقنين السابق على وقوع الفعل ضروري حتى لا يكون للقاضي سلطة تحكمية في التجريم بعد وقوع الفعل وثبوت ارتكابه، لأن قضائنا لم يعودوا مجتهدين ولا مانع بعد ذلك من توسيع سلطتهم في وقف التنفيذ أو تخفيف العقوبات... ثم إنه يكفي لتوسيع سلطة القاضي في هذا العصر توسيع المسافة بين الحد الأقصى والحد الأدنى في عقوبة كل جريمة ومبدأ حق القضاة في تقدير الظروف المخففة وسلطتهم في وقف التنفيذ.

إن فقهاءنا الذين بدءوا بتأكيد سلطة القاضي في تحديد جرائم التعازير وعقوباتها كانوا منطقيين لأنهم كانوا يشترطون في القاضي أن يكون مجتهداً، ونحن نسلم الآن بأن القضاة غير مجتهدين؛ بل إن علم بعضهم بالشريعة محدود، فلا يصح أن نواصل ترديد أقوال فقهاءنا السابقين ونضع على عاتقهم تحديد الجرائم من بين المعاصي الشرعية أو إطلاق سلطتهم في اختيار الجزاءات المناسبة .

كما يجب أن نراعي أن هدف فقهاءنا من تأكيد سلطة القضاة وتوسيعها في هذا الصدد كان دائماً هو استبعاد تدخل السلاطين وأشباههم، ويكفي لذلك في عصرنا حصر ولاية التقنين في المجتهدين - وهذا مبدأ نحرص عليه ونؤكد وندعو للالتزام به

(1) يؤكد ذلك ما ذكره في نهاية البند (176) من أنه في مجال الجرائم والعقوبات لابد فيها من نص صريح

عند الإشارة إلى اختصاص أولياء الأمر بتحديد جرائم التعازير وذلك بأن تشير إلى أن المقصود بهم في هذا المقام هم المجتهدون لا السلاطين ولا من يتولون السلطات التنفيذية أو يرأسونها

إن نظرية التعازير هي خير دليل على تقدم الشريعة وتفوقها على النظم الوضعية لأنها سبقت القوانين الحديثة إلى إعطاء أحكامها أكبر قدر من المرونة عن طريق عدّ الاجتهاد مصدرا للتشريع بعد الكتاب والسنة، كذلك تقرر أكبر قدر من توسيع سلطة القضاء كما أشار لذلك وأكدته، حيث قال إن كثيرين من علماء القوانين الحديثة يطالبون الآن بتوسيع سلطة القاضي وذلك ليختار الجزء المناسب لإصلاح حال كل مجرم مراعى في ذلك تلاؤمها مع ظروفه وظروف الفعل الذي ارتكبه - وبذلك تكون العقوبات والجزاءات الجنائية أداة إصلاح وتأديب أكثر مما هي وسيلة زجر أو انتقام؛ ولفظ "التعزير" يشير بذاته لذلك لأن معناه التأديب والتهذيب .

كذلك فإن ما سارت عليه القوانين الوضعية من النص على عقوبة محددة في حدود نصوص جامدة تصدرها الدولة، وتكون ملزمة للقاضي (والفقيه)، ينتقده كثيرون الآن لأنه يؤدي إلى جمود تلك النصوص وعدم مرونتها. أما إذا كانت النصوص التعزيرية من جانب الفقهاء والقضاة، فإن تطويرها وتعديلها يكون أسهل من تعديل النصوص الصادرة عن سلطات الدولة .

لذلك فإن حرصنا على أن يتولى المجتهدون من الفقهاء والقضاة مهمة تقنين التعازير ضروري للاستفادة بما تميزت به شريعتنا من مرونة وتوسيع لولاية الاجتهاد ولسلطة القضاء؛ الأمر الذي تحاول التقنيات الوضعية الآن أن تتجه إليه بواسطة إضافة قواعد الظروف المخففة وإيقاف التنفيذ وما يسمى "فترة الاختبار"⁽¹⁾؛ بل وصلوا إلى ما يسمى الآن بتدابير الوقاية التي تمكن القضاة من تجاوز جمود النصوص الوضعية ... ومراعاة مصلحة المتهمين والمصلحة العامة في نفس الوقت .

بل إن القوانين الوضعية تسعى لكسر الحاجز الذي يفصل بين نصوص قوانين العقوبات وأحكام الإجراءات الجنائية، وذلك بالتوسع في الأخذ بنظام المحلفين الذي يقصد به علاج المساوئ التي تنتج عن المحرافات الهيئات التي تتولى التحقيقات الأولية، وتوسع البعض في سلطتها في جمع الأدلة حتى وصل في كثير من الأحيان إلى حد استعمال

اختصاص القضاء بالتعازير بجميع أنواعها ضمان للحد من طغيان سلطة الدولة:

أجهزة الأمن وسائل التعذيب والإكراه بل ومساهمة "مرشدين" من العملاء المأجورين للأجهزة الأمنية باصطناع الجرائم أو الأدلة أو التحريض عليها والمشاركة في ارتكابها⁽¹⁾ للإيقاع بمن تشبه تلك الأجهزة في ميوله الإجرامية، وهذا هو ما يعرف في دوائر القضاء "بالتحريض البوليسى" ... الذى يستخدمونه بحجة الرغبة في ضبط المتهمين متلبسين بالجريمة وعقابهم عليها - وإن كان الهدف في الغالب هو الإيقاع بمن تشكك السلطة في ولائهم لها - فيستيحون لأنفسهم أن يحرضوهم على أفعال معينة أو يساعدهم أو يدفعوا عملاء لهم ليشاركوهم فيها أو يستدرجوهم لها، وبعد ضبطهم متلبسين يخفى المرشد البوليسى المخرض أو المساعد بل الشريك أو الفاعل في الجريمة، والذى ربما يتحمل النصيب الأكبر في المسؤولية عنها وتكون العقوبة من نصيب غيره. ومعنى ذلك أنهم يستيحون لأنفسهم التحريض على الجريمة والمشاركة فيها زاعمين أن هذه أحسن الوسائل لدفع من يعتقدون أنهم يميلون للإجرام إلى السجن، وهذه في نظرهم وسيلة لمنع الجريمة، بدلا من أساليب الوقاية والوعظ والإرشاد والتعذيب والإصلاح.

إن شريعتنا لا تجيز ذلك بحجة مقاومة الجرائم، وتوجب علاج عيوب المجتمع التى تؤدى إلى وجود الجرائم وإغراء الناس عليها أو اضطرارهم لها ... وهذا هو ما كان يدخله فقهاءنا في نطاق التعزير ... فإذا كان يكفى الوعد أو التوبيخ أو التأنيب أو التغريب أو التهديد لمنع الناس من السير نحو الإجرام أو ارتكاب الجرائم فإن القاضى الشرعى يجب عليه أن يستعمل هذه التدابير بدلا من السجن وما يجره من مساوئ وآلام ومفاسد.

وأكثر من ذلك فإن فقهاءنا يحرض في كل مناسبة على تحريم التجسس أو التعذيب بجميع أنواعه كوسيلة لكشف الجرائم أو الحصول على أدلة، ويُعدّون ذلك سببا للبطلان، بل ولعقاب من سلك هذا المسلك المحرم الشائن.

(1) يكفى الإشارة إلى الضجة التى قامت في الولايات المتحدة بسبب الإجراءات التحيزية التى استخدمتها هيئات التحقيق والأقدام في بعض القضايا - وبخاصة قضية اللاعب سمسون الشهيرة - فضلا عن قضية الانفجار في مبنى المعرض الدولى في نيويورك ... وظاهر من الموازنة بين القضيتين أن نظام الخلفين ذاته معرض للانحراف لصالح بعض المتهمين أو ضدهم ...

القسم الثاني في التعزير للمصلحة العامة

١٠٦- في التعزير (الوقائي) للمصلحة العامة : القاعدة العامة في الشريعة أن التعزير لا يكون إلا في معصية، أي في فعل محرم لذاته-٥٩- منصوص على تحريمه، ولكن الشريعة تجيز استثناء من هذه القاعدة العامة أن يكون التعزير (وقائياً) في غير معصية، أي فيما لم ينص على تحريمه لذاته إذا اقتضت المصلحة العامة التعزير. ^(١) والأفعال والحالات التي تدخل تحت هذا الاستثناء لا يمكن تعيينها ولا حصرها مقدماً؛ لأنها ليست محرمة لذاتها، وإنما تحرم لو صفها؛ فإن توافر فيها الوصف فهي محرمة، وإن تخلف عنها الوصف فهي مباحة. والوصف الذي جعل علة للعقاب هو الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام، فإذا توافر هذا الوصف في فعل أو حالة استحق الجاني العقاب، وإذا تخلف الوصف فلا عقاب. وعلى هذا، يشترط في التعزير (الوقائي) للمصلحة العامة أن ينسب إلى الجاني أحد أمرين :

- ١ - أنه ارتكب فعلاً يمس المصلحة العامة أو النظام العام ...
 - ٢ - أنه أصبح في حالة تؤذي المصلحة العامة أو النظام العام ...
- فإذا عرّضت على القضاء قضية نسب فيها للمتهم أنه أتى فعلاً يمس المصلحة العامة أو النظام العام، أو أصبح في حالة تؤذي المصلحة العامة أو النظام العام، وثبت لدى المحكمة صحة ما نسب إلى المتهم، لم يكن للقاضي أن يبرئه، وإنما عليه أن يعاقب على ما نسب إليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير، ولو كان ما نسب إلى الجاني غير محرم في الأصل ولا عقاب عليه لذاته ...
- ويستدل الفقهاء على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بأن رسول الله ﷺ حبس رجلاً اتهم بسرقة يعير، ولما ظهر فيما بعد أنه لم يسرقه أخلى رسول الله ﷺ سبيله. ^(٢)

(المصدر) تعليق "رقم-٥٩-": لا فرق في المحرم الذي يستحق فاعله التعزير بين أن تكون حرمة ذاتية أو ليست بذاتية ...

(١) فاية المحتاج ج/٨ ص/١٨، الإقناع ص/٢٦٩ ج/٤، ابن عابدين ج/٣ ص/٢٥١، ص/٢٥٩،
تبصرة الأحكام جزء ثان ص/٢٦ ...
(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص / ١١٧ .

عوده

ووجه الاستدلال أن الحبس عقوبة تعزيرية، والعقوبة لا تكون إلا عن جريمة وبعد ثبوتها. فإذا كان الرسول قد حبس الرجل لمجرد الإتهام، فمعنى ذلك أنه عاقبه على التهمة، وأنه أباح عقاب كل من يوجد نفسه أو توجده الظروف في حالة إتهام ولو لم يأت فعلاً محرماً. وهذا العقاب الذي فرضه الرسول بعمله تبرره المصلحة العامة، ويبرره الخرص على النظام العام؛ لأن ترك المتهم مطلق السراح قبل تحقيق ما نسب إليه يؤدي إلى هربه، وقد يؤدي إلى صدور حكم غير صحيح عليه، أو يؤدي إلى عدم تنفيذ العقوبة عليه بعد الحكم، فأساس العقاب هو حماية المصلحة العامة وصيانة النظام العام ...

ويستدل الفقهاء أيضاً على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بما فعل عمر رضي الله عنه بنصر بن حجاج، فقد كان عمر يعس في المدينة فسمع امرأة تقول: هل من سبيل إلى حجر فأشرها، أم من سبيل إلى نصر بن حجاج؟ فدعا عمر نصر بن حجاج، فوجده شاباً حسن الصورة فحلق رأسه فازداد جمالاً فنفاه إلى البصرة، خشية أن يفتن النساء بجماله، -٦٠- مع أنه لم ينسب إليه أنه ارتكب فعلاً محرماً. ووجه الاستدلال أن النفي عقوبة تعزيرية وقعها عمر على نصر بن حجاج لأنه رأى أن وجوده في المدينة ضار بصالح الجماعة مع أن جماله هو الذي أوجده في هذه الحالة، ومع أنه لم يقصد الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام ...

الصدر

تعليق "رقم -٦٠-": أي مصلحة يا ترى في نفيه إلى البصرة؟ وإذا خاف الخليفة من اقتتان نساء المدينة به، فلماذا يا ترى لم يخف من اقتتان نساء أهل البصرة؟ وأي فرق بين البلدين يا ليت شعري؟! ...

الشوى

رأبنا في "تعليق -٦٠-": نعتقد أن الأصح هو عتد هذا النفي تدبيراً وقائياً، وأن الأمر به مسألة تقديرية قد تختلف فيها الآراء، لكن الضمانة الأساسية فيها هي لزامة من يأمر بها، وأنه لم يقصد بها إلا مصلحة عامة يقدرها، وليست لغرض شخصي ...

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة تأديب الصبيان على ترك الصلاة والطهارة، وتأديبهم على ما يأتون من أفعال تُعَدُّها الشريعة جرائم، مع أن هذه الأفعال لا تُعَدُّ جرائم في حق الصبيان غير المميزين؛ لأنهم ليسوا أهلاً للتكليف، فلا يُعَدُّ إقدامهم على هذه الأفعال عصياناً، ولا تُعَدُّ أفعالهم معاصي،^(١) ومن ثم فهم لا يعاقبون بالعقوبات المقررة لها، ولكنهم يعزرون لحماية المصلحة العامة ...

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة منع المجنون من الاتصال بالناس إذا كان في اتصاله بهم ضرر عليهم، وحبس من شهر بأذاه الناس ولو لم يقم عليه دليل أنه أتى فعلاً معيناً ... ونظرية التعزير للمصلحة العامة تسمح باتخاذ أي إجراء لحماية أمن الجماعة وصيانة نظامها من الأشخاص المشبوهين والخطرين، ومعتادى الإجرام ودعاة الانقلابات والفتن، والنظرية بعد ذلك تقوم على قواعده الشريعة العامة التي تقضي بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام، وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ...

(١) لماسة المحتاج ج/٨ ص/١٨، الإقناع ج/٤ ص/٢٦٩، ٢٧٣، بدائع الصنائع الجزء السابع ص/٦٤، يرى البعض اعتبار الفعل معصية بذاته ...

الاجتهاد لتكون في إطار النظريات التشريعية :

لقد توسع فقيها في الكلام عن جواز التعزير للمصلحة العامة⁽¹⁾ خارج نطاق المعاصي الشرعية، ونعتقد أنه أراد بهذا التوسع أن يفتح الباب لدراسة كثير من النصوص المستحدثة في قوانين العقوبات الرضعية وإدماجها في التقنيات الشرعية كما هو واضح من الأمثلة التي ذكرها في نهاية البند .

ويظهر أنه خشي من سوء استغلال عبارة المصلحة العامة، فعاد يضع كثيرا من الضمانات حتى لا يكون هذا التوسع على حساب مبادئ الشريعة وقيم الإسلام الأساسية⁽²⁾، وهذا يؤيد قولنا بأنما يجب أن تكون في إطار "النظريات التشريعية" وعلى أساسها .

نلاحظ أن كلامه عن التعزير على المخالفات التي لا تصل إلى حد المحرمات أو المعاصي⁽³⁾ يفتح الباب لما يسمى في الفقه المعاصر بتدابير الوقاية، بل نعتقد أن هذه التدابير الوقائية تكفي دون حاجة لفتح الباب للحكومات لكي تفرض ما تريد من عقوبات على من تخشى معارضتهم بحجة المصلحة العامة التي يقدرونها هم بحسب ما يرونه ضروريا لاستمرار سلطتهم واحتكارهم لها .

والأمثلة التي ذكرها لتدل على جواز "التعزير" في غير معصية - تشير إلى ما يُعَدُّ في عصرنا إجراءات غير عقابية مثل "الحبس الاحتياطي" كإجراء من إجراءات التحقيق أو ما تميزه النظريات الحديثة باسم "التدابير الوقائية" أو الإجراءات الإصلاحية لتربية غير المكلفين (من الصبيان) أو حماية المصايين بأمراض عقلية كتدبير وقائي لصالحهم ولصالح غيرهم .

(1) بند (106) وما بعده - وقد واصل ذلك الاتجاه في البند (111) وما بعده عند مقارنته بين الشريعة

والقوانين الرضعية وكذلك البند (133) وما بعده .

(2) بند (108) وما بعده .

(3) بند (110) .

﴿نفضل حساب التعازير خارج نطاق المعاصي ضمن تدابير الوقاية،

لتكون خاضعة لشروطها وأولها اختصاص القضاء وحده بتطبيقها :

ونحن لا نوافق على تسمية تلك التدابير بأنها "عقوبات تعزيرية" ولا نَعُدُّها عقوبات - صحيح أنها تعازير - وإنما تدخل هذه التعازير في نطاق التدابير أو "الإجراءات" الوقائية والتربوية من أنواع مختلفة أشرنا إليها .

وميزة الفقه الإسلامي أنه اشترط لذلك شرطين :

1- أن تكون المصلحة العامة هي التي تستوجب مثل تلك الإجراءات .

2- أن الذي يأمر بها ويقدر "المصلحة العامة" هو القاضي أي المجتهد في نظرنا .

فلا يصح أن تقررها الجهات الإدارية لأنها غالباً لا تتوخى فيها مصلحة الجماعة، وإنما تستخدمها لصالح الفئة المسيطرة أو المتغلبة، وخاصة إذا كانت قد استولت على السلطة بغير شورى أو بغير حق ... ورأينا أن مثل هذه الإجراءات يجب أن توضع لها أحكام وشروط ينص عليها صراحة في "التقنين الشرعي" للتشجيع على التوبة والاستقامة مع تمييزها عن "العقوبات" حتى لا يساء استعمالها ولا تستعمل لغير أغراضها الشرعية .

الأمثلة التي ذكرها تؤكد ملاحظتنا السابقة بأن "التعازير" لا تنحصر في نطاق "العقوبات الجنائية" ولا يجوز إهمال الجانب التربوي والاجتماعي والوقائي الذي شرعت من أجله، والذي يبرر تطبيق التعازير خارج نطاق المعاصي إذا اقتضى الأمر ذلك في نظر أهل الاجتهاد، لا أهل السلطة، وبذلك يستقيم المبدأ الذي ترجحه وهو أن العقوبات الجنائية في الأصل لا يمكن تقريرها إلا على مرتكبي المعاصي - أما ما يخرج عن هذا النطاق فهو تدبير وقائي لا داعي لوصفه بأنه عقوبة على الإطلاق ولو سمي تعزيراً لأن هذا الاصطلاح الشرعي ليس مقصوراً على العقوبات الجنائية .

ثم إننا لا نكتفي بشرط المصلحة العامة، ونرى أنه يجب أن تكون في إطار الأصول الشرعية التي نسميها "النظريات التشريعية" المبنية على المقاصد السامية لشريعتنا لأنها هي القواعد الثابتة للمجتمع الصالح الذي تريده الشريعة . ولهذا السبب، فإن الذي له الحق في تقدير وجود المصلحة العامة هم أهل الاجتهاد لكي يربطوا بينها وبين النظريات التشريعية كما بينا من قبل، ويتولوا وضع أحكام خاصة بتدابير الوقاية تبين الحالات التي تميزها وتقتصر تطبيقها على القضاء .

١٠٧- سلطة القاضي في التعزير للمصلحة العامة ليست تحكسية : قلنا إن

الحالات التي يعزّر فيها على فعل لم ينص على تحريمه بذاته من قبل لا يمكن حصرها، وإن القاضي ليس له أن يحكم بالعقوبة في الحالة التي تعرض عليه إلا إذا كان فيها ما يحس النظام العام أو صالح الجماعة، فإن لم تكن كذلك قضى بالبراءة، وإذا عاقب فليس له أن يعاقب إلا بإحدى عقوبات التعزير. فسلطة القاضي إذن ليست مطلقة ولا تحكسية، وإنما هي مقيدة بقيود بيّنها الشريعة وأوجبت توافرها. وسلطة القاضي هنا لا تزيد شيئاً عن سلطته في جرائم التعزير المنصوص على تحريمها، وكل ما يمكن قوله عن هذه السلطة إنها سلطة واسعة أعطيت للقاضي ليحسن اختيار العقوبة وتقدير ظروف الجريمة والجرم، -٦١- ولم تعط إليه لخلق الجرائم وينشئ العقوبات. ومهما وسّعت الشريعة من سلطة القاضي، فإنها لم تخرج عن قاعدتها العامة التي تقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص، بل ظلت الشريعة متمسكة بهذه القاعدة، وإن طبقتها على وجه خاص في حالة التعزير للمصلحة العامة ...

ويخطئ خطأ جسيماً من يظن أن القاضي له أن يعتبر الفعل جريمة إذا كان ماساً بالنظام العام أو صالح الجماعة؛ لأن الشريعة تشترط للعقاب أن تكون الحالة أو الفعل ماساً بالصالح العام أو النظام العام، وهذا في ذاته تحديد للجريمة، ونص صريح على أن كل إنسان أتى فعلاً يحس مصلحة عامة أو نظام الجماعة، أو وجد في حالة تؤذي المصلحة والنظام العامين يعاقب بالعقوبات المقررة للمعاصي، والفعل المحرم إذا لم يعين بذاته فإنه يعين بوصفه ...

تعليق "رقم-٦١-": مر آنفاً أن للحاكم إنزال العقوبة وإن لم تثبت الجريمة كما في سجن رسول الله ﷺ لمن أقم بالسرقة وليس هذا من التعزير، إذ لا تعزير (عقابي) إلا على جريمة، وإنما هو عقوبة تقتضيها المصلحة العامة؛ لأن عدم سجنه ما لم تثبت الجريمة عليه قد يضر بالمصلحة ويأجتماع، والمصلحة العامة أولى بالاهتمام من المصلحة الخاصة ...

رأياً في "تعليق-٦١-": يخلط السيد الصدر بين العقوبة والتدابير الاحترازية، وهي من أهم مجالات التعزير، وكان أولى به أن يلاحظ أن المثال الذي أورده من أن رسول الله ﷺ قد أمر بحبس من أقم بالسرقة قبل ثبوتها هو نوع من التعزير الوقائي. والقول بأنه لا تعزير (عقابي) إلا على جريمة لا نوافق عليه إلا إذا كان التعزير عقابياً. وهناك القول بأن ثم نوعاً رابعاً من العقوبات (المقصود به تدابير الوقاية) تخرج من نطاق التعزير (العقابي) والحدود والقصاص؛ بشرط ألا يأمر بها إلا القضاء؛ لأن القول بغير ذلك يفتح باباً للتعسف تنزه عنه شريعتنا وقد عاد للإشارة لذلك في التعليقين رقم-٦٤- و-٦٧- فيما بعد ...

إن مبدأ اختصاص القضاء بالتدابير الاستثنائية التي تقيد حريات الأفراد، والتي يمكن وصفها بأنها تعازير دون أن تكون عقوبات جنائية، هو مثال آخر لما تراعيه الشريعة من توسيع سلطة القضاء؛ لأن الهدف من هذا المبدأ هو تضيق نطاق عمل السلطات الإدارية والتنفيذية وتوسيع اختصاص القضاء المجتهدين، وقد أحسن بعده ذلك ميزة سبقت بها الشريعة غيرها من النظم الوضعية.

ولاشك في أن استقلال القضاء وعدم خضوعه لأهواء الأمراء والسلطين هو أكبر ضماناً لشرعية تلك التدابير؛ وهو مبدأ أساسي في شريعتنا وديننا لأنه ناتج عن أن الشريعة الإلهية (وما تقرره من عقوبات أو تدابير مقيدة للحريات) مستقلة عن سلطات الدولة التنفيذية مهيمنة عليها وعلى من يمارسون سلطاتها.

لقد بذل فقهاؤنا أقصى جهدهم لحماية مبدأ استقلال الشريعة (فقهها وقضاء) عن الدول وسلطاتها، وكان لهذا الاتجاه أثره الواضح في نظرية التعازير وأحكامها التي تقوم على أن القضاء فرع من الشريعة وجزء منها وليس فرعاً من السلطات التنفيذية في الدولة ورؤسائها وحكامها لأنه يشترط فيمن يتولونها صفة الاجتهاد.

فالأصل أن مبدأ "لا جرعة ولا عقوبة إلا بنص" يطبق على جميع الجرائم بما في ذلك التعازير بل هو الركن الشرعي في كل جريمة - وهو أول أركان الجريمة كما عرضها الفقيه الشهيد في القسم العام⁽¹⁾. ومعنى ذلك أنه إذا كان العقاب الجنائي واجباً فإنه يجب أن يوجد نص اجتهادي مقنن يحدد الفعل المكون لكل جريمة والعقوبة المقررة لها - أي تقنينها قبل ارتكابها.

إن فقهاءنا قد اتفقوا على أن السلاطين والرؤساء الذين يتولون السلطة التنفيذية في نظرهم لا يجوز أن يمارسوا مسئولية التشريع ولا القضاء طالما أنهم ليسوا مجتهدين⁽²⁾، ولذلك نستبعد قيامهم بعملية تقنين أحكام الشريعة - وبخاصة أحكام الجرائم والعقوبات التي يبقى استنباط أحكامها من اختصاص المجتهدين أو أهل الاجتهاد سواء كانوا فقهاء أو قضاة.

(1) البند (51-52) تم البند (84) وما بعدها.

(2) توسعنا في كتابنا "فقه الشورى" في بيان أن إصرار الفقه على اشتراط الاجتهاد في المرشحين للخلافة قصد به عدم الاعتراف بالشرعية للسلاطين (الذين لا تتوافر فيهم شروط الأهلية للاجتهاد). تراجع البند (93) وما بعده وقبله البند (36) من كتابنا "فقه الشورى".

❁ أولياء الأمر في التشريع هم أهل الاجتهاد الذين تعترف لهم الأمة

بـ هذه الصفة بحرية كاملة :

ومعنى ذلك أنهم عندما يقررون أن الشريعة تعطى لأولياء الأمر الحق في التعازير؛ فإنهم لم يقصدوا بذلك الاعتراف للسلطين أو الأمراء أو رؤساء الدول بهذا الحق . ولذلك قالوا بأن القضاة هم الذين يتولون ذلك باعتبارهم مجتهدين ... لأنهم هم أولياء الأمر في هذا المجال، وهذا هو ما يسير عليه القانون الإنجليزي، حيث تكون السوابق القضائية هي المصادر التشريعية الملزمة فيما يسمى القانون العام - Law Common.

لكن لا يعنى ذلك عدم وجوب التقنين، وإنما يجب أن يقوم به من لهم صفة الاجتهاد أى الفقهاء والقضاة، لا سواهم (من لا يعرفون أصول الشريعة ومبادئها العامة التى تحدد المعاصى وتضع قواعد التحليل والتحريم)؛ ولو كانوا هم ممثلى الدولة ورؤساءها من السلطين والحكام وأعوانهم .

إننا عندما ندعو لوضع تقنيات شرعية - للتعازير أو غيرها - لا نقر إعفاء الفقهاء والقضاة المجتهدين من هذه المسؤولية، ولا نوافق على إعطائها لمن يمارسون سلطات الدولة أو يحكمونها من السلطين والرؤساء أو زعماء الأحزاب والهيئات السياسية؛ بل ونرى فضلا عن ذلك المجالس النيابية التى تضم أهل الحل والعقد فى الشئون السياسية صحيح أنهم يمثلون إرادة الشعب فعلا فى المجال السياسى . لكننا نرى أن العامة والجماهير يجب أن تختار مجلسا علميا خاصا للاجتهاد يضم رجال الفقه (بأغلبية معقولة) يدخل ضمنهم ممثلو القضاء كمؤسسة يرأسها قاضى القضاة (محكمة النقض حاليا)، ومعهم أهل الذكر من الخبراء والاختصاصيين - وتكون مهمتهم علمية اجتهادية بحثية⁽¹⁾ لاستنباط الأحكام الشرعية أو اختيار ما يقلدونه من الآراء المختلفة فى المذاهب الفقهية المتعددة. ونرى أن يكون قرارهم مجرد فتوى علمية يقوم أهل الحل والعقد الذين يضمهم مجلس الشعب بإصدارها أو إقرارها - وله ذلك وحده أو منضمما إلى مجلس الاجتهاد حسبما يقرره الشعب ذاته فى الدستور الذى يقره

إن كل هذه الضمانات تؤيد رأينا بأن التعزير للمصلحة العامة يجب أن يكون فى إطار النظريات التشريعية كما قدمنا .

(1) تراجع مقترحاتنا العملية للفصل العزوى بين هيئة الاجتهاد والمجلس السياسى فى كتابنا "فقه الشورى" البند (97).

١٠٨ **عَوْدَهُ** لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من التعزير: فالشريعة إذن لم تخرج على القاعدة القائلة بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص، وإنما تساهلت في تطبيقها على هذا النوع من الجرائم أكثر مما تساهلت في تطبيقها على جرائم التعزير العادية (العقابية). فبدلاً من أن تنص على الفعل المكون للجريمة وتحدد له عقوبة مقدرة كما فعلت في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية، وبدلاً من أن تنص على الفعل المحرم وتعيّنه ثم تترك للقاضي أن يعاقب عليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير، جاءت بدلاً من هذا كله تقرر أن كل فعل أو حالة تمس نظام الجماعة أو مصلحتها يعاقب عليها بالعقوبة التي يراها القاضي ملائمة من العقوبات المقررة للتعزير ..

ونستطيع أن نعين فيما يلي الطرائق المختلفة التي اتبعتها الشريعة في تطبيق قاعدة ألا عقوبة ولا جريمة بلا نص ومدى الفرق بين هذه الطرائق:

أولاً : من حيث النص على الجريمة : حددت الشريعة عين الفعل المكون للجريمة، وعينته تعييناً لا شك فيه في جرائم الحدود، وفي جرائم القصاص والدية وفي جرائم التعازير العادية (العقابية)، فهو جريمة في أي وقت، وفي أي ظرف. أما في التعزير للمصالح العام فالفعل المحرم لم يحدد بعينه -٦٢- وإنما حدد بوصفه. ولما كان من الممكن أن يتخلف الوصف عن الفعل، فيترتب على هذا أن يكون فعل ما في بعض الظروف ماساً بمصالح الجماعة أو نظامها، وفي ظروف أخرى غير ماس بهما ...

ثانياً : من حيث النص على العقوبة، نصت الشريعة على العقوبات المقررة للجرائم في كل الأحوال، ولكنها عيّنت عقوبة كل جريمة على حدة، وجعلتها لازمة في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية. أما في جرائم التعازير جميعاً سواء كانت عادية أو مقررة (احترازية) لحماية المصلحة العامة والنظام العام، فقد عيّنت الشريعة مجموعة من العقوبات و (التدابير) لهذه الجرائم، وترك للقاضي الاجتهاد أن يختار من بينها العقوبة الملائمة -٦٣-

الصدر تعليق "رقم-٦٢-": مر عليك قريباً أن هذا النوع من العقوبة ليست من التعزير (العقابي) ولا تختص بالجرم

الصدر تعليق "رقم-٦٣-": أي التي تصلح لردع المجرم عن الإجرام ثانية وزجر سواه عن الإجرام بمثل جرمه

الشاوي رأينا في "تعلقي-٦٢-و-٦٣-": راجع رأينا على تعليق رقم-٦١-

عودة

هذا هو أثر قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير المقررة لحماية المصلحة العامة. فالقاعدة مطبقة ولكن في حدود واسعة، ومن ثم فلا يمكن القول بأن الجاني يعاقب على فعل لم يحرم-٦٤- أو لم يعلم بسبق تحريمه. لأن الشريعة تعاقب على كل فعل يصدر من صاحبه مأساً بالنظام العام أو المصلحة العامة، وعلى كل حال يوجد فيها الجاني إذا مست بنظام الجماعة وصالحها. فعلى كل إنسان إذن أن يتعد عن كل ما عس بالصالح العام، وعليه أن يراعي الظروف ويحسب حسابها ويقدرها في كل وقت وآن ...

١٠٩- العلة في إبانة التعزير للمصلحة العامة: والضرورات الاجتماعية هي المسوغ الوحيد لإقرار الشريعة هذا النوع من (جرائم) التعزير. فحماية نظام الجماعة وصوالها العامة تقتضي نصوصاً مرنة تلائم كل وقت وآن، وكل ظرف وحالة، وليس أكثر مرونة وأكثر ملاءمة لحاجات الجماعة من هذا الذي جاءت به الشريعة، فإنه قمين أن يجمع كل من تحدته نفسه بالحاق الضرر بالجماعة أو بنظامها؛ لأنه إذا استطاع أن يقلت من أحكام النصوص الجامدة فلن يستطيع بحال أن يقلت من هذه النصوص المرنة. وسرى بعد قليل أن أحدث القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة الإسلامية (في تدابير الوقاية) توصلًا لحماية النظام والصالح العام

المصدر

تعليق "رقم-٦٤-": مر عليك قريباً أن العقاب (الوقائي) قد يكون مع عدم ثبوت الجريمة مراعاة للمصلحة كما في سجن النبي ﷺ لمن أقم بالسرقة ...

الشاوي

رأينا في "تعليق-٦٤-": يراجع ما قلناه بشأن التعليق رقم-٦١- فيما سبق ... ونحن نستبعد وصف هذه التدابير بأنها عقوبات، بل هي مجرد تدابير احترازية لا بد لها من ضمانات حتى لا يساء استخدامها ...

التقنين يشمل جميع التدابير المقيدة للحريات والحقوق ولو لم تكن عقوبات جنائية :

هناك نوع من التدابير "القضائية" التى أجازتها شريعتنا يخضع هو أيضا لمبدأ الشرعية لأن اختصاص القضاء بها يعنى أنه يجب أن توجد نصوص تحدد حالاتها وشروطها؛ وتعين الجهة القضائية التى تختص بها. ومعنى ذلك أن مبدأ الشرعية أوسع نطاقا من مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، وإذا كان هو قد استعمل هذا العنوان للإشارة إلى مبدأ الشرعية مجازة لفقهاء القانون الوضعي، فإننا نفضل عدّه مبدأ أعم من ذلك فى شريعتنا، ونعبر عنه بأنه "لا تدبير يقيد حريات الأفراد إلا بأمر القضاء" وبناء على نصوص تحدد الأفعال أو الحالات التى تسوّغها لصالح المجتمع والقرء، والشروط التى يجب توافرها لتطبيقها.

إننا لا نوافق على عدّها "عقوبات استثنائية"، وإنما هى فى نظرنا "تدابير قضائية" وليست عقوبات.

وعدّره أن كلمة تعزير فى فقها ليست مرادفة لكلمة "عقوبة"، بل هى أوسع نطاقا منها، وفقهاؤنا يعدّونها شاملة للتدابير القضائية الاستثنائية التى قد تماثل العقوبات الجنائية لكنها خارجة عن نطاقها كما بيناه. معنى هذا أننا لا نوافق على قصر مبدأ الشرعية على "العقوبات الجنائية"، بل هو أعم من ذلك لأنه يسرى على جميع التدابير المقيدة لحقوق الأفراد وحرّياتهم - ولو لم تكن عقوبات - مثل إجراءات التحقيق المقيدة للحرية والحرّيات، والتدابير الوقائية وأمثالها من التدابير الإصلاحية للصغار أو عديمي الأهلية مثل المجانين ...

ويلاحظ أن بعض ما يُعدّ عقوبات يحكم بها على مرتكب جريمة معينة يمكن أن تكون مجرد تدبير وقائي قبل وقوع الجريمة لمنعها أو قبل ثبوت إدانة الشخص بارتكابه. فالحبس يكون تدبيرا احتياطيا فى أثناء التحقيق لمنع المتهم من الهروب من المحاكمة أو من إخفاء الأدلة - وفقهاؤنا يصفون الحبس الاحتياطي بأنه تعزير، ومعنى ذلك فى نظرنا أنه تدبير وقائي وليس عقوبة كما يتصور البعض.

وإذا كان فقيهما قد استغنى عن ذلك بإدخالها ضمن التعازير، ثم إدخال التعازير ضمن العقوبات، فإننا لا نوافق على ذلك

نصوص القرآن التي قررت مبدأ الشرعية توجب التقنين في عصرنا :

إن شريعنا قررت مبادئ عديدة تسمح لها بأقصى المرونة في التطبيق، مثل "مبدأ توسيع سلطة القضاة المجتهدين التقديرية"، ومبدأ جواز التدابير المقيدة للحرية خارج نطاق العقوبات في حالات معينة للضرورات الاجتماعية. وإذا كان ما يسميه "القوانين الحديثة" قد وصلت إلى ذلك أخيراً، أو حاولت الوصول إليه ... فإن شريعنا سبقتها إلى ذلك بقرون عديدة .

لقد عنى الشهيد عوده عناية خاصة بالركن الشرعي في الجريمة، وتأكيد المبدأ الشرعي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص صريح واضح يحرم الفعل أو الترك ويحدد العقوبة المقررة حتى يكون الفعل والعقوبة معلومين علماً تاماً للمكلف مقدماً أو يكون ذلك العلم ممكناً له وميسراً له، وقد توسع في ذكر النصوص القرآنية التي عدّها مصدر هذه القاعدة الأصولية ووصفها بأنها قاطعة في تأكيد هذا المبدأ [سورة الإسراء : 15 ، القصص : 59 ، النساء : 16 ، الأنعام : 19 - البقرة : 286 ، الأنفال : 38]⁽¹⁾.

صحيح أنه بدأ بتطبيق هذا المبدأ الشرعي في جرائم الحدود والقصاص والدية، وعدّ هذه الجرائم المجال الأول لتطبيق هذا المبدأ تطبيقاً صريحاً وواضحاً وقاطعاً، ثم حرص على القول بأن هذا المبدأ يسرى في جرائم التعازير، لكنه مع ذلك يعيد ما قاله أسلافنا من تركها للقاضي ناسياً أهم اشتراطوا أن يكون القاضي مجتهداً، وكل ما نقله عن كتب أسلافنا عن اختصاصات القاضي إنما يقصد به القاضي المجتهد الذي لم يعد له وجود في عصرنا، ويحل محله الآن أهل الاجتهاد، وأهل الذكر الذين يجب أن يختارهم جمهور الأمة. ونحن نعتقد أنه قصد لفت النظر إلى أهمية تطبيق هذا المبدأ في نطاق التعازير وهذا يسوّغ دعوتنا إلى ضرورة تقنين نصوص صريحة للتعازير وتحديد العقوبة لكل ما يُعدّ منها جرائم جنائية. على النحو الذي تسير عليه مجموعات القوانين العصرية.⁽²⁾ يشترط أن يتم ذلك بعرفة أهل العلم والاجتهاد. لكننا نضيف لذلك وجوب تقنين التعازير المشتملة على التدابير الوقائية بتحديد شروطها وحالاتها والجهة القضائية التي تختص بها - لتخضع هي أيضاً لمبدأ الشرعية وإن لم تكن عقوبات جنائية.

(1) البند (88) فيما سبق

(2) يراجع فقه الشورى البند 36 ص 192 - 198 الفقرات الأربع الأولى - ورأينا في البندين (93، 94) وما بعدهما من ذلك الكتاب .

التقسيم الثالث في التعزير على المخالفات

١٠- التعزير على المخالفات : الأصل في التعزير أنه على فعل المحرمات وترك الواجبات، وهذا متفق عليه، ولكن الفقهاء اختلفوا على جواز التعزير في إتيان المكروه وترك المندوب. ففريق يرى ألا عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب - ٦٥ - (١)، وفريق يرى العقاب على فعل المكروه وترك المندوب. (٢) وأساس اختلافهم في هذا الحكم هو اختلافهم في تعريف المكروه والمندوب. فمن رأى أن المكروه هي بتخير في الفعل، وأن المندوب أمر بتخير في الفعل، أو أن المكروه ليس هي، والمندوب ليس أمر، من رأى هذا قال بعدم جواز العقاب لأن العقاب لا يكون إلا بتكليف. ومن رأى أن المندوب أمر لا تخيير فيه، وأن المكروه هي لا تخيير فيه، قال بجواز العقاب على فعل المنهي عنه، وترك المندوب إليه. والقائلون بهذا الرأي مع تجويزهم العقاب لا يسمون الفعل أو الترك معصية، ولا يسمون الجاني عاصياً، وإنما يسمون الفعل والترك مخالفة، والجاني مخالفاً، ويعلمون ذلك بأن العصيان اسم ذم، وأن الذم أسقط عن فاعل المكروه وتارك المندوب (٣) ..

عوده

تعليق "رقم ٦٥-": وهو الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري، لأنه لا عقاب إلا على معصية، ولا معصية في ترك المندوب، ولا في فعل المكروه؛ لأن المكلف مخير في إتيان كل منهما وتركه.

- (١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ١/ ص ٤٣، الإقناع ج ٤/ ص ٢٧٠: ٢٧١، مواهب الجليل ج ٦/ ص ٣٢٠، بدائع الصنائع ج ٧/ ص ٦٣، شرح مسلم النبوته ج ١/ ص ١١١: ١١٢ ...
- (٢) المستصفى للغزالي ج ١/ ص ٧٥: ٧٦، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ص ١٧٠ وما بعدها من ج ١، تحفة المحتاج ج ٨/ ص ١٨، مواهب الجليل ج ٦/ ص ٣٢٠، تبصرة الحاكم ج ٢/ ص ٢٥٩: ٢٦٠، الأحكام السلطانية ص ٧١٢ ...
- (٣) المستصفى للغزالي ج ١/ ص ٧٦، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ١/ ص ١٧٣: ١٧٤ ...

عودة ويحتج بعض القائلين -٦٦- بالعقاب بفعل عمر رضي الله عنه، حيث مر على شخص أضجع شاة يذبحها، وجعل يحد الشفرة، فعلاه بالدرة وقال له: هلا حددتها أولاً^(١)...

والذين يقولون بالعقاب يشترطون أن يتكرر إتيان المكروه وترك المندوب حتى يمكن العقاب، فالعقاب عندهم ليس على الإتيان أو الترك في ذاته، وإنما هو على اعتياد إتيان المكروه وترك المندوب، ويُعدّون أن العادة تتكون من تكرار الفعل مرتين^(٢)... وإذا وقع الإتيان أو الترك ماساً بمصلحة عامة أو بالنظام العام عوقب على الإتيان والترك دون حاجة للتكرار، سواء أخذنا برأي القائلين بالعقوبة أو بالرأي المضاد؛ لأن العقاب في هذه الحالة ليس أساسه حساب الفعل مكروهاً أو الترك مندوباً إليه، وإنما أساسه أن الفعل أو الترك ماس بالمصلحة العامة أو النظام العام...

الصدر تعليق "رقم-٦٦-": لا يصح الاحتجاج بنظر فقهاء المذهب الجعفري إلا بفعل معصوم ولم يدّع أحد من المسلمين عصمة عمر بن الخطاب ...

الشاوي رأينا في "تعليق-٦٦-": لا نوافق على اعتراض السيد الصدر على احتجاج فقيهنا بما ورد عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بحجة أنه ليس معصوماً؛ لأن اجتهادات الصحابة مثل اجتهادات غيرهم من الأئمة والفقهاء يمكن الاستشهاد بها، بل هي أولى بالاعتبار دون حاجة للبحث في موضوع العصمة الذي هو خاص بالشيعية أما في نظر أهل السنة فهو خاص بالرسول والأنبياء. نحن كنا نوافقه لو قال: إن هذه الحادثة ليست دليلاً على أن الفعل الذي استكره أمير المؤمنين ليس خطئاً يستحق الزجر والتأديب أو العقاب، ولا أنه مجرد مكروه ... ونحن نلاحظ أيضاً أن فقيهنا لم يقدم غير هذه الحادثة دليلاً على جواز التعزير على فعل مكروه، وفي نظرنا أن ما يسميه مخالفات هو تعازير وقائية تدخل في عصرنا الحاضر ضمن التدابير الوقائية..

(١) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٠...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٠، الأحكام السلطانية ص/٣١٢...

الدقة التي وصل إليها فقهاؤنا في الفرقة بين ما يُعدّ معصية أو حراماً، وبين ما هو دون ذلك لكنه مكروه. لم تصل إليها في نظراً القوانين الوضعية ولا الفقه المستورد، وهي في الواقع ضرورية لكي يلتزم بها من يقتنون التدابير غير العقابية التي تتخذ لصالح المجتمع وتفيد حريات الأفراد وحقوقهم دون ثبوت ارتكابهم لجرمة جنائية، ونرى أنها نتيجة لاشتغال شريعتنا على ما يسميه فقهاؤنا "الأحكام التكليفية" التي تبدأ بإصدار توجيهات أخلاقية وتربوية للأفراد قبل أن تفرض العقوبة عند مخالفة تلك الأوامر أو التكاليف الشرعية. ويرى فقهاء أنه ليس من الضروري أن تُعدّ مخالفة الأحكام التكليفية جريمة جنائية دائماً في جميع الأحوال، إذ يكفي في أحوال كثيرة الجزاء الأخرى أو التكاليف التعبدية مثل السجدة والكفارات أو الصيام. وهذا أمر تتسع له شريعتنا بسبب مصدرها الديني، ولا تصل إليه "النصوص الوضعية" التي تكفي بتقنين الجرائم وفرض العقوبات وتترك للدين الكلام عن الجزاء الأخرى. إن وصفه للأفعال التي تبرر مثل هذه "الإجراءات الاستثنائية" بأنها "مخالفات"، وإن كان ينسبها للفقه، لكننا لا نوافق عليه الآن لأنه قد يفهم منه البعض أنها تدخل ضمن إطار القوانين الجنائية التي تشمل نوعاً خاصاً من الجرائم نسميها "مخالفات"، ونرى أن كلمة تعازير تغني عن ذلك بشرط أن يكون معروفاً أن التعازير لا تقتصر في نطاقها على الجرائم الجنائية وإنما تشمل كل الانحرافات السلوكية التي لا تصل إلى حد الجرائم.

* * *

ميزة الشريعة الإسلامية أن المبادئ التي قررتها منذ قرون عديدة لم تصل إليها النظم العصرية إلا أخيراً في القرن الثامن عشر الميلادي. مازال عندنا كثير من مبادئ شريعتنا وفقهاءنا لم تصل إليه الآن هذه النظم، وهي مبادئ "مستقبلية" يجب على فقهاءنا وباحثينا أن يقدموها للعلم الحديث لكي يقتدى بها، وإن كان قد عجز حتى الآن عن الوصول إليها. ومن أهم هذه المبادئ المستقبلية: مبدأ استقلال الشريعة بسبب مصدرها الإلهي الذي يعلو على الدول وحكامها، لذلك لا بد من سيادتها على الدول وسلطانها جميعاً، وخضوع الدولة ورؤسائها وحكامها لتلك السيادة. ونرى أنه يترتب على ذلك وجوب الفصل العنصري بين أهل الاجتهاد (التشريع) وجميع سلطات الدولة، وارتباط القضاء بميثاق الاجتهاد والتشريع ليكون مستقلاً عن الهيئات التنفيذية لأنه أقرب للشريعة وتابع لها وليس تابعاً للأمراء ورؤساء الدول وحكامها... وهذه ضمانات ضرورية من أجل توسيع سلطة القضاء في التعازير.

الفرع الرابع

كيف طبقت القوانين الوضعية القاعدة ؟

١١١ **عقدة** الفرائين الرضعية وقاعدة النص على الجريمة والعقوبة : لم تعرف القوانين قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة بلا نص" إلا في أواخر القرن الثامن عشر؛ لأن القاعدة وليدة الثورة الفرنسية، أما قبل ذلك فكان القضاة يحكمون في تحديد الجرائم وتعيين عقوباتها، فيعدّون الفعل جريمة ولو لم يكن قد نص على تجريمه، ويعاقبون عليه بأى عقوبة شاءوا ولو لم يكن منصوصا عليها. وقد كانت هذه السلطة التحكيمية هى الدافع الأول الذي دفع إلى تقرير القاعدة والعمل بها^(١)...

١١٢ كيف طبقت القوانين القاعدة : والقوانين الوضعية لا تطبق القاعدة اليوم على الوجه الذي سبق أن طبقتها به يوم عرفتها، فقد كان القانون الفرنسي أول قانون طبقها، وعنه أخذت أكثر القوانين. وكان القانون الفرنسي يتشدد أول الأمر في تطبيقها تشددا عظيما، فعين الجرائم تعيينا دقيقا، وجعل لكل جريمة عقوبة محددة ليس للقاضي أن يزيد فيها أو ينقص منها، فكانت مهمة القاضي منحصرة في أن يحكم بالعقوبة إذا تبين له أن المتهم مدان، وأن يحكم بالبراءة إذا لم تثبت التهمة دون أن يكون لظروف التهم أو الجريمة أثر على العقوبة. ولم يكن للسلطة التنفيذية حق العفو ولا تخفيض العقوبة، فكانت مهمتها قاصرة على تنفيذ الحكم أيا كان ...

وقد اضطر المشرع الفرنسي إلى العدول عن هذا النظام، لا لأنه غير صالح، ولكن لعدم صلاحية الأداة التي وكل إليها تطبيقه. فالتشريع الفرنسي يأخذ بنظام الخلفين وهم أناس يتقادون لعاطفتهم أكثر مما يتقادون لعقولهم، فكانوا يقررون في كثير من الحالات أن المتهمين ليسوا مدانين، لا لأن المتهمين براء ولكن تخرجوا من معاقبتهم بعقوبة شديدة لا يملك القاضي أن يتصرف في تطبيقها أو يخفف من شدتها، ولا تملك السلطة التنفيذية أن تخففها أو تساهل في تنفيذها. ومن ثم عدلت نصوص القانون الفرنسي لمعالجة هذه الحالة، فجعل المشرع لكل عقوبة حدين : حدا أدنى وحدا أعلى، وترك للقاضي أن يقدر العقوبة فيما بين هذين الحدين، كما أنه جعل لكثير من الجرائم عقوبتين، وترك للقاضي أن يحكم بهما معا أو يختار إحداهما فقط^(٢)...

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص/١٠١، القانون الجنائي لعلي بدوي ص/١٠٢ القانون الجنائي لأحمد صفوت ص/٧٧ ...

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص/١٠٢، القانون الجنائي لعلي بدوي ص/١٠٢ وما بعدها ...

وقد انتقلت قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة بلا نص" من القانون الفرنسي إلى القوانين الوضعية الأخرى، ولكنها أخذت تتطور تحت تأثير التجربة والاختبار وحاجات الجماعة، فأعطى القضاة حق إيقاف تنفيذ العقوبة، وأعطيت السلطة التنفيذية الحق في العفو عن العقوبة أو تخفيفها، وحق الإفراج تحت شرط، واستحدث نظام العقوبة غير المحدودة. ومع أن القاعدة تطورت هذا التطور الكبير، فإن شراح القانون الوضعي يرون أن القاعدة ظلت محترمة، وأن هذا التوسع لا يخل بشرعية العقوبة مادام أن هذا التوسع جاء طبقاً لنصوص القانون، ومادام أن القضاة يستعملون سلطة خوهم الشارع إياها مقدماً. ولقد جاء التساهل في تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة، وبقيت القاعدة سليمة محترمة زمناً طويلاً فيما يختص بتعيين الجريمة. حتى إذا جاء القرن العشرون أخذت القاعدة كلها تصبح محلاً للانتقاد، وهاجمها الكثيرون من الشراح بحجة أنها لا تصلح لمواجهة الضرورات الاجتماعية، وأنها تؤدي إلى ضياع مصلحة الجماعة. ذلك أن نصوص القوانين الجنائية تقصر دائماً عن تناول كل ما يخل بنظام الجماعة وصالحها، وأن المجرمين يتفنون في الهرب من الوقوع تحت سلطان النصوص، ثم يعبثون ما شاءوا بمصالح الأفراد والجماعة ونظامها، وهم آمنون من العقاب. فإذا استصدرت قوانين لتحريم الأفعال الجديدة التي أدى ارتكابها للعبث بالمصلحة العامة، عاد المجرمون يعملون على التهرب من نصوصها القاصرة، وعادوا إلى جرائمهم آمنين من العقاب. وقد كان لهذا الانتقاد أثره العملي، فبدأت بعض الدول الكبرى تخرج على القاعدة من جديد فيما يختص بتعيين الجريمة وتحديد العقوبة معاً، كالتشريع الألماني الصادر في سنة ١٩٣٥ حيث خول القاضي، إذا عرض عليه فعل يمس المجتمع الألماني دون أن يكون قد ورد فيه نص جنائي خاص، أن يعد هذا الفعل جريمة ويوقع على مرتكبيه عقوبة "المادة الثانية من القانون الجنائي الألماني". وكالقانون الإيطالي، فإنه ترك للقاضي في بعض الأحوال تعديل تنقيذ العقوبة من حيث مدتها وأسلوبها، وكالقانون السوفييتي الذي خرج عن القاعدة منذ سنة ١٩٢٦م، وكالقانون الدانماركي الذي أباح العقاب على أي فعل يمكن قياسه على فعل آخر محرم، ولا نذكر القانون الإنجليزي الذي يأخذ بنظام يشبه نظام التعازير في الشريعة. ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل بدأ علماء القانون الجنائي يناقشون المبدأ في مؤتمراتهم العامة، بعد أن كان فوق المناقشة، توصلوا إلى معرفة مدى حاجة المجتمع إليه، ومدى

عوده
عجز المبدأ عن حماية صوالح الجماعات، وقد عرض هذا الموضوع على المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات في سنة ١٩٣٧، ولكن المؤتمر قرر الإبقاء على القاعدة ...

ويستجبه العلماء والشرح الآن إلى الخروج على القاعدة من وجهين : فمن ناحية الجريمة، يزورون الاكتفاء بتعيين الأفعال المحرمة تعيينا عاما، بحيث يدخل تحت النص الواحد أكثر من حالة واحدة، وبحيث لا يستطيع المجرم أن يقلت من هذا النص العام المرن. ومن ناحية العقوبة، يزورون الاكتفاء بتحديد الحد الأقصى للعقوبة دون الحد الأدنى، ليكون للقاضي سلطة واسعة في تطبيق العقوبة. بل يرى بعض كبار العلماء الجنائيين أن يترك تحديد العقوبة "نوعا ومقدارا" إلى اختيار القاضي وتقديره حتى تكون العقوبة محققة للغاية من تشريعها^(١) ...

(١) الموسوعة الجنائية ج/٥ ص/٥٥٣ وما بعدها، القانون الجنائي لعلي بدوي ص/١٠٣، شرح قانون العقوبات لدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى (ص/ ١٠٢ : ١٠٤) ...

بعض التطورات التي توصلت لها النظم الاجتماعية والتشريعية الوضعية حتى الآن - مثل توسيع سلطة القاضي بوضع حد أدنى وحد أعلى للعقوبات؛ ونظام الظروف المخففة؛ ووقف تنفيذ العقوبات؛ أو مبدأ العقوبة غير محددة المدة ... فضلاً عن تدابير الوقاية؛ والسجون المفتوحة - قد اتسعت له مبادئ شريعتنا وفقهنا وسبقتهم في الماضي بتشريع التعازير، التي تتسع لكل ما يطرأ في المستقبل من تطورات ...

مضى عهد الصورة المتطرفة التي ابتدعتها الثورة الفرنسية، التي كانت تجعل القضاء مجرد آلة للحكم بعقوبة مفروضة ومحددة بمحد واحد، دون أى اعتبار لاختلاف ظروف المتهمين أو ظروف الجريمة ذاتها، بحجة أن المساواة بين الناس توجب توحيد العقوبة على الجميع، بعد أن ظهرت نتائج سيئة لهذه "المساواة الحسائية". واتجهت التشريعات الوضعية إلى المرونة على خطوات، منها أنه جعل لكل جريمة عقوبة ذات حد أقصى وحد أدنى، ولم يكتف بذلك بل فتح باب الزول عن الحد الأدنى في الجنايات في حالة توافر ظروف قضائية تستدعى التخفيف في نظر القاضي.

وبعد ذلك، استحدثت القوانين الوضعية مبدأ تخفيف العقوبة بوقف تنفيذها مما يجعل الحكم مجرد جزاء قهري لا ينفذ إلا إذا ارتكب المحكوم عليه جريمة أخرى في فترة معينة.

وقد أضافت التشريعات الوضعية بعد ذلك مبدأ الإفراج تحت شرط لتشجيع المحكوم عليهم على تحسين سلوكهم في أثناء تنفيذ العقوبة المحكوم بها.

وأخيراً قررت ما يسمى بالعقوبة غير محددة المدة، لكي يكون انتهاء العقوبة بقرار من القاضي حسيماً يراه من استقامة المحكوم عليه وتوبته

ثم إن بعض القوانين الوضعية زادت في توسيع سلطة القاضي حتى إنها منحتة الحق في الحكم بالعقوبة على أفعال لا يوجد نص صريح بشأنها، متى تبين له أنها تهدد أمن المجتمع .. كل ذلك اتسع له مبدأ التعازير في شريعتنا قبلهم .

ويستخلص من ذلك أن تلك القوانين وصلت في بعض البلاد إلى ما يقرب من مبدأ حق القاضي في التعزير الذي قرره الشريعة الإسلامية، ولكنهم لم يصلوا إليه إلا بعد قرون طويلة وتطورات عديدة .

١١٣- بين الشريعة والقانون : ظاهر مما سبق أن كلا من الشريعة والقوانين الوضعية توجب ألا تكون جريمة ولا عقوبة يلائص، ولكن الشريعة تختلف عن القوانين في تطبيق هذه القاعدة من عدة وجوه :

أولاً : من حيث تاريخ تطبيق القاعدة : طبقت الشريعة الإسلامية القاعدة قبل أن تعرفها القوانين الوضعية وتطبيقها باثني عشر قرناً على الأقل، فالقوانين الوضعية لم تأت بشيء جديد، وإنما أخذت النظرية التي ابتكرتها الشريعة ...

ثانياً : من حيث التطبيق بصفة عامة : يختلف تطبيق القاعدة في الشريعة باختلاف نوع الجرائم التي تطبق عليها، ففي الجرائم الخطيرة التي يتأثر بها أمن الجماعة ونظامها تأثراً شديداً تشدد الشريعة في تطبيق القاعدة تشدداً تاماً، فتدقق في تحديد الجريمة وتعين العقوبة، وهذا هو المتبع في جرائم الحدود، وفي جرائم القصاص والدية. وفي الجرائم الأقل خطورة، وهي جرائم التعازير بصفة عامة، تتساهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة، فتجعل لجرائم التعازير كلها مجموعة من العقوبات، وترك للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة. وفي جرائم التعازير المقررة للمصلحة العامة تتساهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية الجريمة، وتكتفي بوضع نصوص عامة جداً يدخل تحتها أي فعل يمس المصلحة العامة والنظام العام. فكانت الشريعة تطبق القاعدة بثلاث طرق، لكل نوع من الجرائم طريقة خاصة تلائم مصلحة الجماعة والأفراد ...

أما القوانين الوضعية فتطبق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم، ولعل هذا هو علة النتائج السيئة التي تترتب على تطبيق القاعدة. ففي أول الأمر طبقت القوانين الوضعية الطريقة الأولى التي خصصتها الشريعة للجرائم الخطيرة، على كل الجرائم التي يعاقب عليها القانون، فكان التعميم في التطبيق سبباً في تخرج الخلفين والقضاة من الحكم بعقوبة شديدة في جرعة غير خطيرة، وفي تبرئة كثير من القضايا. ثم عدلت القوانين الوضعية عن هذه الطريقة وأخذت بطريقة الشريعة الثانية مع تضيق سلطة القاضي في اختيار العقوبة وتحديدتها، ولكنها طبقت هذه الطريقة أيضاً بصفة عامة، فكان من نتيجة هذا التعميم أن كثرت وقوع الجرائم الخطيرة وصارت تزيد عاماً بعد عام؛ لأن القضاة يعاقبون عليها بعقوبات بسيطة، مستعملين سلطتهم في اختيار العقوبة وتقديرها. وهذه الطريقة هي المتبعة الآن في معظم القوانين الوضعية، إلا أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألماني والقانون الدانمركي أخذت أيضاً بطريقة الشريعة الثالثة في بعض الجرائم فكأنها تطبق الطريقتين الشرعيتين الثانية والثالثة ...

عوده ولاشك في أن نظرية الشريعة الإسلامية في تطبيق القاعدة أكثر دقة ومرونة وأقرب إلى حاجات الجماعة، وأكفل بحماية الأمن والنظام، كما أن فيها العلاج الناجع لما ظهر من عيوب في تطبيق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم ...

ثالثا : من حيث الجريمة : تراعى الشريعة كقاعدة عامة عندما تحدد الجريمة أن يكون النص عاما، ومرنا إلى حد كبير، بحيث ينطوي تحته كل ما يمكن تصوره من الحالات، ولا يخرج عن حكمه أى حالة. والشريعة تضيق من دائرة هذا التعميم (١) إلى حد ما في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، أما فيما عداها فالتعميم في النص يأخذ حده كما هو الحال في المعاصي التي يعزر فيها، مثل قوله **﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾** [الحجرات: ١٢]، تحريما لجريمة التجسس، ومثل قوله **﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾** [البقرة: ٢٧٥]، ومثل قوله **﴿وَأَوْفُوا بِالْكَيْلِ﴾** [الأنعام: ١٥٢]، [الإسراء: ٣٥]، ومثل قوله **﴿لَا تَتَّبِعُوا الْاَرْشَادَ الرَّسُولِ وَتَنْصَرِفُوا أَمَا تَأْتِيكُمْ السَّاعَةُ غَتًا﴾** [الأنفال: ٢٧]. وفي التعزير المقرر للمصلحة العامة يصل التعميم والمرونة إلى حد تحريم الفعل بوصفه لا بذاته، -٦٧- بحيث لا يمكن معرفة ما إذا كان الفعل جريمة أو غير جريمة إلا بعد أن يقع. وقد كان لعموم النصوص ومرونتها أثرها البالغ في صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، واستغنائها عن التعديل والتبديل.

أما القوانين الوضعية، فالأصل فيها أن تحدد الجريمة، وتعينها تعيينا دقيقا، وتبين أركانها الأساسية التي لا تقوم بغيرها، ومن ثم كانت الأفعال التي يمكن أن تدخل تحت أي نص محدودة، وكانت كل حالة جديدة تقتضي تغييرا في النصوص، وكان من السهل التحايل على النصوص والتهرب من أحكام قانون العقوبات. ولعل هذا هو الذي دعا علماء القانون الآن إلى أن يفكروا في أن تكون النصوص عامة ومرنة، لدرجة تسمح بأن تحكم كل الحالات، وهذا الذي يقول به علماء القانون اليوم هو الأساس الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية.

رابعا : من حيث العقوبة : القاعدة العامة في الشريعة هي أن ينص على عقوبة الجريمة بحيث تضمن العقوبة تعيينا لاشك فيه، وبحيث لا يكون للقاضي أن يخلق عقوبة من عنده. وقد فرقت الشريعة بين الجرائم، التي تمس أمن الجماعة ونظامها مساسا شديدا، وبين غيرها من الجرائم. والقسم الأول هو جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، والقسم الثاني هو جرائم التعزير بأنواعها المختلفة. ففي جرائم القسم الأول لكل جريمة عقوبة أو عقوبات معينة

المصدر تعليق "رقم-٦٧-": بل قد يعاقب مع عدم الجريمة أصلا محافظة على المصلحة العامة، كما مر عليك قريبا ...

(١) إذا لم يكن التطبيق ظاهرا في النصوص المحرمة للجريمة، فإنه ظاهر في بقية النصوص الأخرى التي تحكم الجريمة، فالسرقة جاء نصها عاما ولكن دائرة هذا التعميم ضيقت بما وضعه الرسول من قيود، كاشتراط الحرز واشتراط أن لا يكون الثمر مطلقا وغير ذلك ...

لاخيار للقاضي في توقيعها، وهو ملزم بالحكم بما متى ثبت لديه أن الجاني ارتكب الجريمة. أما في القسم الثاني، فقد عشت الشريعة مجموعة من العقوبات لجرائم التعازير بأنواعها، -٦٨- وتركت للقاضي أن يختار العقوبة الملائمة أو أكثر من عقوبة، كما تركت له أن يقدّر العقوبة من بين الحد الأعلى والحد الأدنى للعقوبة إذا كانت ذات حدين، وأن يوقف تنفيذ العقوبة أو يحضيها طبقاً لما يراه ملائماً لحال المجرم وظروف الجريمة.

أما القوانين الوضعية فتحدد لكل جريمة عقوبة واحدة هي في الغالب ذات حدين، أو تحدد لكل جريمة عقوبتين كلتاها ذات حدين، وتترك للقاضي أن يوقع العقوبتين أو عقوبة واحدة، وأن يقدّر العقوبة من بين الحد الأدنى والأعلى للعقوبة، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة بشروط معينة، وله أن يحضيها. وفي كثير من الجرائم تشترط القوانين الوضعية ألا تزال العقوبة عن حد معين، كما أنها تمنع إيقاف تنفيذ العقوبة، والغالب أن يكون ذلك في الجرائم الخطيرة. وظاهر من هذا أن سلطة القاضي في القوانين الوضعية أضيق بكثير من سلطة القاضي في الشريعة. فالقاضي الذي يطبق القانون الوضعي مقيد بتطبيق العقوبة التي حددها القانون إذا كانت عقوبة واحدة، ولا يستطيع أن يختار إلا بين عقوبتين إذا أعطى حق الاختيار، وليس له في كثير من الأحوال أن يزول بالعقوبة عن حد معين، وليس له أن يوقف التنفيذ في كثير من الجرائم، وهو بالتالي لا يملك السلطان الكافي الذي يساعده على معالجة المجرم والإجرام علاجاً يتفق مع المصلحة العامة. وقد رأى كثير من كبار العلماء أن علاج هذه الحالة لا يتأتى إلا إذا أمكن القاضي من اختيار العقوبة نوعاً ومقداراً، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان له أن يطبق مجموعة من العقوبات. فإذا أخذ بهذا الرأي الذي ينادي به كبار العلماء اليوم، فإن القانون يصبح مثل الشريعة فيما يتعلق بجرائم التعازير وعقوباتها. وظاهر كذلك من منع القاضي من إيقاف التنفيذ في الجرائم الخطيرة، ومن عدم السماح له بأن يزول بالعقوبة عن حد معين، ومن تحديد عقوبة أو عقوبتين لكل جريمة، ظاهر من هذا أن القوانين تأخذ بمبدأ الشريعة في جرائم الحدود والقصاص ولكن إلى حد محدود.

وليس يهمننا أن تكون القوانين الوضعية مخالفة للشريعة الآن في بعض الحالات فقد كانت تخالفها في كل شيء حتى أواخر القرن الثامن عشر. وإنما يهمننا أن نعلم أن القانون الوضعي بدأ بعد ذلك يسير وراء الشريعة، وبأخذ بمبادئها، ويطبق نظرياتها، وأن ما يطلبه علماء القانون أن يتحقق في القانون هو نفس ما تأخذ به الشريعة، وما تقوم عليه، وأن في ذلك لذكرى للذاكرين.

تعليقي "رقم-٦٨-": وعلى القاضي أن يختار ما يكون سبباً لردع المجرم وزجر سواء، وقد اشترط بعض فقهاء المذهب الجعفري ألا يصل إلى مقدار أحد الحدود الشرعية.

وأما في "تعليقي-٦٨-": يكرر السيد الصدر ما قاله قبل ذلك من أن الجزاء التعزيري لا يجوز أن يصل إلى مقدار الحد الشرعي في نظر بعض فقهاء المذهب الجعفري.

ما تتصف به أحكام شريعتنا من مرونة، تشهد به التفرقة بين الجرائم الخطيرة والجرائم الأقل خطورة. وقد خصصت للجرائم الخطيرة عقوبات الحدود، وهي عقوبات حدية بشروط معينة؛ وكذلك الجرائم الماسة بسلامة جسم الإنسان وحياته التي يطبق فيها مبدأ القصاص بشروط معينة، يضاف لذلك تفويض الأمة وممثليها من أهل الاجتهاد لتقنين التعازير وفرض جزاءات أو إجراءات "تعزيرية" على من يرتكبها، فضلاً عن أن التعازير تشمل التدابير القضائية التي تخرج عن نطاق العقوبات ولكن تستلزمها مصلحة المجتمع بشرط أن يبقى تحديد حالاتها وشروطها من حق الجهة القضائية المختصة بها.

هذه التفرقة وهذا التنوع والتفاوت في المعاملة أفضل مما تسير عليه القوانين "الوضعية" من الالتزام بقاعدة موحدة عامة التطبيق في جميع الحالات، مما يؤدي بأهلها إلى ضرورة تغيير القواعد والقوانين والنظم كلما جادت تطورات تقتضى ذلك - والدليل على ذلك أنها استحدثت تدابير الوقاية، ووقف التنفيذ، والظروف المخففة... إلخ. وهنا نسجل ميزة شريعتنا في أنها تبدأ بالأوامر والنواهي التكليفية وترتبط بها تحديد الجرائم والمعاصي، وتجزئ التعزير عند مخالفة ما تتضمنه شريعتنا من أوامر ونواهي تبين الحلال والحرام، والمستحب والمكروه، وقد ذكر أمثلة منها لا مكان لها في "القوانين الجنائية المعاصرة".

إنه على حق في تذكرنا بأن اختلاف أحكام شريعتنا عما وصلت إليه القوانين الوضعية حتى الآن يؤكد أنها تسبقها في كثير من المبادئ، وأن بعض مبادئها لم تصل إليها القوانين الوضعية، وأنه واثق بأن القوانين سوف تستفيد من تلك المبادئ في المستقبل.

ومن أهم ميزات شريعتنا التي لم تصل إليها القوانين العصرية، النص على معاملة خاصة زاجرة ورادعة بتقرير عقوبات بدنية للجرائم التي تهدد المبادئ الأساسية الثابتة التي يقوم عليها المجتمع، مثل جعل الزواج الشرعي وحده هو المصحح للعلاقات الجنسية بين الرجل وزوجته وتحريم كل تجاوز عن ذلك بحبائه زنا وفاحشة، ومثل قداسة حق الإنسان في حياته وسلامته بدنه... وحماية العقل من السكر والتخدير، وحماية المال من السرقة... وهكذا... على أن يتمتع الفقه والقضاء بسلطة واسعة فيما عدا ذلك.

لكننا لا نوافق على قوله بأن التعزير للمصلحة العامة يصل إلى حد أنه لا يمكن معرفة ما إذا كان الفعل جريمة أو غير جريمة إلا بعد أن يقع (ص ب / 111) لأنه يؤدي إلى تقييد

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي بذل هو جهدا كبيرا في إثبات أنه أصل من أصول شريعتنا المقررة بنصوص قرآنية عديدة. وكفى في نظرنا القول بأن تحديد الفعل المعاقب عليه من حق أولياء الأمر من المجتهدين وأهل الاجتهاد سواء كانوا فقهاء أو قضاة، لكن هذا التحديد يجب أن يكون سابقا على وقوع الفعل لا بعد أن يقع ...

أما إشارته إلى اشتغال شريعتنا على أحكام تكليفية تتضمن أمرا أو نهيًا - مما لا تصل إليه القوانين الوضعية - فهذه ميزة يجب أن نعترف بها في شريعتنا لأنها ليست مجرد نصوص جنائية، بل هي في الأصل منهج إصلاح للنفوس والمجتمعات عن طريق إرشاد الناس إلى طريق الاستقامة والصالح، وأما شريعة دينية بمعنى أن الجزاء الأخروي هو الأصل العام، وأن ضمير الفرد المؤمن بالحساب يوم القيامة هو الذي يفرض عليه التزام الطريق المستقيم ويمنعه من الانحراف، وأن الجزاءات الجنائية رغم أهميتها إلا أن أثرها ونطاقها أضيق بكثير من نطاق الجزاء الأخروي والحساب الإلهي يوم الدين .

ومبدأ توسيع سلطة القاضي في التعازير محمود وضروري، ولكن أهم منه كفاية القاضي وصلاحيه واستقلاله حتى لا يكون جلادا ياتر بأمر المستبدين والطغاة الذين يفرضون سلاطهم بغير طريق الشورى ولا يلتزمون بمبادئ الشريعة وأحكامها . وإذا كان هو لم يشر لذلك فلأن هذا أمر بديهي في نظره، لكننا أمام المصير الذي انتهى إليه هو وكثير من دعاة الإصلاح والهداية من الحاكمة أمام محاكم من عملاء السلطة وأعوانها الذين لا أهلية لهم ولا أمانة ولا عدالة ولا استقامة، هذا الذي حدث وما زال يحدث مثله في بلاد كثيرة يوجب علينا التذكير بهذا المبدأ البديهي، وهو عدم إسباغ وصف القضاء أو المحاكم على هيئات خاضعة لدوى السلطان خصوصا من اغتصبوا السلطة وفرضوا استبدادهم على الناس بالقوة والتهديد أو التزوير.

لا شك في أن عذره أنه يتكلم عن القانون لا عن القضاء، وأنه لم يكن يتوقع المصير المؤلم الذي انتهى إليه بمحاكمة هزلية ومحاكم استثنائية تضم أشخاصا بعيدين عن الاستقلال والنزاهة بل والأهلية والكفاءة .

المبحث الثاني في أدلة الأحكام الشرعية أي مصادر التشريع الجنائي

١١٤ - مصادر التشريع الإسلامي بصفة عامة :

عوده

من المتفق عليه -٦٩- بين جمهور الفقهاء أن مصادر التشريع الإسلامي أربعة :
١ القرآن ٢ السنة ٣ الإجماع ٤ - القياس
ويعبر الفقهاء عن المصادر التشريعية بأنها الأدلة التي تستمد منها الأحكام. ومن
المتفق عليه أيضا أن الحكم الذي يدل عليه واحد من هذه الأدلة الأربعة هو حكم واجب
الاتباع.

ويرتب الفقهاء -٧٠- الأدلة والاستدلال بما طبقا للترتيب الذي ذكرناه. فالمصدر
الأول للشرعية هو القرآن، والمصدر الثاني هو السنة، والمصدر الثالث هو الإجماع،
والمصدر الرابع هو القياس، فإذا لم يوجد حكم الواقعة في القرآن رجع إلى القياس .

تعليق "رقم-٦٩-": لا اتفاق على ما ذكره المؤلف، لأن المصدر الرابع للتشريع عند
فقهاء المذهب الجعفري هو العقل لا القياس.

المصدر

وأما في "تعليق-٦٩-": قوله إن فقهاء المذهب الجعفري يُعدون المصدر الرابع للتشريع
هو العقل لا القياس يؤيد ما ذهبنا إليه من ضرورة التوسع في القياس في عصرنا والعصور
التالية، فلا يقتصر على استنباط حكم فرعي قياسا على حكم فرعي منصوص عليه بل
يشمل استنباط الحكم من نظرية عامة مستمدة (عقلا) من حكم فرعي أو عدة أحكام فرعية
ورد بشأنها نصوص في الكتاب والسنة. ثم إن القياس بجميع أنواعه هو استعمال للعقل، فلا
داعي للاعتراض عليه، وإثنا بحسن التوسع فيه، بحيث يصبح هو الاجتهاد بجميع صوره
ووسائله التي تشمل جميع المصادر المختلف عليها مثل المصالح المرسلة والعرف والاستحسان
... كما أنه بمعناه الواسع هو أساس استنباط الأحكام الفرعية من النظريات الشرعية .

المشاور

تعليق "رقم-٧٠-": لا ترتيب بين الأدلة بنظر فقهاء المذهب الجعفري، ويرتب على
ذلك أن ورود حكم الواقعة في القرآن الكريم لا يمنع من الاستدلال ببقية الأدلة الثلاثة إن
ذكر فيها حكم الواقعة إثباتا أو نفيا، إذا كان أخص من القرآن الكريم فيكون مخصصا للقرآن
إن كان الدليل القرآني الدال على حكمه بالعموم وكان موضوعا للدلالة على شمول جميع
الأفراد، ويكون الدليل الغير القرآني مقيدا للدليل القرآني إن كان الدليل القرآني يدل عليه =

المصدر

وهناك مصادر أخرى للشرعية مختلف عليها، فإياها البعض مصادر
تشريعية أحكامها ملزمة، ولا يراها البعض الآخر كذلك، والمصادر المختلف عليها
هي-٧١-: الاستحسان، والاستصحاب، والمصلحة المرسلة، والعرف، وشرع من
قلنا، ومذهب الصحابي.

= بالإطلاق بأن كان الدليل القرآني دالا على حكم الطبيعة وكان شاملا لجميع الأفراد
لولا التقييد، ويكون الدليل الغير القرآني الأخص مقيدا للدليل القرآني وكذا الكلام بالنسبة
إلى السنة وما بعدها من الأدلة وكذا الكلام بالنسبة إلى الإجماع والعقل.

رأينا في "تعلق-٧٠-": بأن فقهاء المذهب الجعفرى يرون أن الأدلة جميعها يمكن
الاستدلال بها على تخصيص نص عام في القرآن الكريم أو غيره من المصادر = لا نرى أن ذلك
يستلزم إنكار مبدأ إعطاء الأولوية للقرآن الكريم، ولا مبدأ ترتيب الأدلة عموما.

تعلق "رقم-٧١-" الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفرى عدم الاعتماد على
المصادر المختلف عليها إلا الاستصحاب، ومن مصاديقه استصحاب شرع من كان قبلنا، فإننا
إنما لرجع إلى شرع من كان قبلنا باستصحابه إلى أيامنا إذا شككنا في حكم من الأحكام ولم
يكن عليه دليل في شريعتنا وعرفنا حكمه في الشريعة السالفة فإننا نستصحب حكمه في الشريعة
السابقة إلى أيامنا.

رأينا في "تعلق-٧١-": إننا نرى أن جميع الأدلة الأخرى المختلف عليها (مثل الاستحسان
والمصالح المرسلة والعرف ومذهب الصحابي بل الاستصحاب وشرع من قبلنا) كلها تدخل في
نطاق الاجتهاد أو القياس أو الاستدلال العقلي، ولذلك فهي ليست ملزمة بذاتها في نظرنا إلا إذا
رأى أهل الاجتهاد الاسترشاد بها. وبهذا لا نرى داعيا للفرقة بينها والاقصار على استصحاب
شرع من قبلنا كما يقول السيد الصدر في التعليق رقم-٧١-.

وقد قلنا إننا لا نرى داعيا للفرقة بين "العقل" والقياس بمعناه الواسع، لأنهما في الواقع تعبير
عن "الاجتهاد" بمعناه الواسع الذى يشمل جميع المصادر المختلف عليها ويعنى عنها.

لقد توسع فقيهما في عرضه لمصادر التشريع⁽¹⁾ واستباط الأحكام منها بطريق القياس أو الاجتهاد أو مجرد التفسير، وهو موضوع يدخل في نطاق علم أصول الفقه أو علم التفسير.

لكننا لازلنّمة على ذلك ما دام قد اتجه في بداية كتابه إلى بناء نظريات عامة على أساس نصوص الوحي الإلهي في القرآن؛ والوحي غير المباشر في السنة النبوية؛ فكان لابد أن يعطى أهمية قصوى لهذين المصدرين وما يتفرع عنهما من اجتهاد (قياس)، وإجماع. وقد لاحظ بحق أن النصوص المتصلة بالوحي (القرآن والسنة) هي الأصل الملزم، حتى إن ما يستنبطه الاجتهاد أو الإجماع لابد أن يكون له سند منهما - فهما في الواقع متفرعان من هذه النصوص ومتريطان بهما، وهذا هو سبب الشك الذي يوجد لدى الذين لا يرون عدهما مصدرين مستقلين عن الكتاب والسنة.

وتحس نرى أن القياس يتسع لكل صور الاجتهاد - الذي هو استعمال العقل والرأي، وأن ما سماه "مصادر مختلف عليها" مثل الاستحسان، والاستصحاب والمصلحة المرسلّة والعرف وشرع من قبلنا ومذهب الصحابي، كلها تدخل في نظرنا في نطاق الاجتهاد، لأن أهل الاجتهاد هم الذين يستطيعون تقدير الشروط اللازمة لوجود كل منها ومدى اتفاقه مع مقاصد شريعتنا ومبادئها وتحديد مدى الالتزام به.

وقد أشار أستاذنا الشيخ/ محمد أبو زهرة⁽²⁾ - في كتابه "العقوبة" إلى الخلافات في الفقه بين من يرون القياس "للمصلحة" - ومن لا يحكمون إلا بالقياس على النصوص ولا يجتهدون في الرأي إلى تعريف المقاصد العامة والأخذ بها وتعرف المقاصد العامة هو ما يعبر عنه بالتظير الذي أشرنا إلى أن الضرورة تستدعي الأخذ به في الحاضر والمستقبل لتوسيع نطاق استباط الأحكام اللازمة لما يستجد من مسائل وقضايا استحدثتها تطورات المدنية الإنسانية.

وإذا كانت النصوص السماوية في الكتاب والسنة ذاتها قد تحمل التأويلات والتفسيرات المتعددة إذا لم تكن قطعية الوجود والدلالة، فإن ما يدخل في نطاق هذه الطرق المختلف عليها يحتمل ذلك من باب أولى، والذي يقدر على القيام بذلك هم أهل الاجتهاد.

(1) تضمن هذا البحث (76) بندا (من رقم 114 إلى 190).

(2) راجع كتابه عن العقوبة (بند 22 ص 30).

١١٥ - مصادر التشريع الجنائي الإسلامي - مصادر التشريع الجنائي فيما يختص بالإجراءات الجنائية هي نفس المصادر التي سبق الكلام عليها مع مراعاة أن بعضها متفق عليه والبعض مختلف عليه .

أما مصادر التشريع الإسلامي الجنائي المقرر للجرائم والعقوبات فأربعة فقط، منها ثلاثة متفق عليها، وهي : ١ - القرآن . ٢ - السنة . ٣ - الإجماع . أما الرابع فهو القياس، وقد اختلف فيه الفقهاء -٧٢-، فرأى البعض أنه مصدر تشريعي جنائي، ورأى البعض أنه ليس مصدرا في تقرير الجرائم والعقوبات . ويجب أن نلاحظ الفرق المهم بين القرآن والسنة من ناحية وبين غيرهما من المصادر من ناحية أخرى . فالقرآن والسنة هما أساس الشريعة، وهما اللذان جاءا بنصوص الشريعة المقررة للأحكام الكلية . أما بقية المصادر، فهي لا تأتي بأسس شرعية جديدة، ولا تقرر أحكاما كلية جديدة، وإنما هي طرق للاستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة، ولا يمكن أن تأتي بما يخالف القرآن والسنة، لأنها تستمد منهما وتستند إلى نصوصهما .

الصدر

تعليق "رقم-٧٢-": مر عليك قريبا أن القياس ليس من مصادر التشريع عند فقهاء المذهب الجعفرى ولا يعتدون عليه ما لم يحصل العلم عندهم بالحكم الشرعى فإن العلم من أى سبب حصل فهو حجة كما عرفت سابقا .

إن المصدر الرابع عند فقهاء المذهب الجعفرى هو العقل، وهو عبارة عن إدراك العقل لملاكات الحكم الشرعى ولا مجال له في التشريع الجنائي إذ لا مجال للعقل في تفهم ملاك الأحكام الجنائية الشرعية .

الشاوى

رأينا في "تعليق-٧٢-": يشير السيد الصدر إلى أنه لا مجال للعقل في تفهم ملاك الأحكام الجنائية . وهذا قول يحتاج إلى توضيح، فهو مقبول إذا كان قد قصد به أن النصوص المقررة للجرائم والعقوبات - سواء كانت نصوصا شرعية في الكتاب أو السنة، أو نصوصا فقهية في التقنين أو فتاوى المجتهدين والأئمة - لا يجوز التوسع في تطبيقها لأنها نصوص استثنائية؛ فهذا مبدأ أكدناه مرارا . ولا شك في أن هذا المبدأ أكثر لزوما في نطاق عقوبات الحدود والقصاص، التي قلنا دائما إنها عقوبات استثنائية، لأن الأصل هو التعازير في جميع الجرائم .

وفي نطاق التعازير، لرى أن السيد الصدر قد أيد ما قاله فقهاؤنا من أنه يجوز التعزير للمصلحة العامة - حتى ولو لم يكن الفعل الضار بالمصلحة العامة معصية شرعية - ونحن لا نرى أنه يمكن تقرير المصلحة العامة دون استعمال العقل لتقدير هذه المصلحة ومشروعيتها طبقا للنظريات التشريعية ومقاصد الشريعة السامية . وكل ذلك يحتاج إلى اجتهاد بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح .

يسرنا أنه يؤكد ما قاله دائما من أن الكتاب والسنة هما الأصل الأصل كمصادر إلهية أو سماوية لا بد أن ينتسب إليها كل ما يتوصل إليه بطريق المصادر الاجتهادية أو القياسية أو العقلية التي يجمعها الاجتهاد والإجماع عن طريق التزامهما بسند شرعى لما يستنبطه الفقه من أحكام .

كما نوافق على قوله إن الكتاب والسنة هما مصدر الشريعة (بالمعنى الضيق) وإلها المرجع فيما يسميه الأحكام الكلية، أى المبادئ العامة أو النظريات . ونضيف إلى ذلك أن ما ورد فيهما من نصوص إذا كانت تضع أحكاما فرعية في مسائل معينة فلا يجوز أن نكتفى بذلك؛ بل يجب عدها مؤشرات لاستنباط نظريات عامة تتخذ منبعا للأحكام المستحدثة بوسائل الاجتهاد بأوسع معالیه عن طريق التنظير الذى نحن فى أشد الحاجة إليه فى عصرنا والعصور القادمة .

نحن نعد أن القياس يتسع لكل صور الاجتهاد، أو أنه بالأصح الصورة الأولى منه. وكلمة الاجتهاد فى نظرنا تتسع لجميع المصادر المختلف عليها (المشار إليها فى البند السابق) وأولها هو القياس ... وهو أيضا مختلف عليه - وإن كنا نرى أنه يتسع لاستنباط الأحكام الفرعية من النظريات التشريعية العامة .

الفرع الأول

القرآن

عوده ١١٦ - القرآن : هو كتاب الله المنزل على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، وهو المدون بين دفتي المصحف المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس .

١١٧ - نصوص القرآن قطعية: وقد نقل القرآن إلينا بطريق التواتر كتابة ومشافهة، والتواتر يفيد الحزم والقطع بصحة المقول، ومن ثم كانت نصوص القرآن قطعية الورود. فمن المقطوع به أنها وردت إلينا عن الرسول كما أنزلت عليه من ربه، لأنها نقلت إلينا عن الرسول بطريق التواتر كتابة ومشافهة. والنقل بطريق التواتر يفيد القطع واليقين. فقد كتب القرآن عن الرسول جماعة من كتاب الوحي، وحفظه جمع من الصحابة لا يمكن أن يتواطئوا على الكذب، ونقله عن هذه الجموع جموع أخرى، فلم يختلفوا في حرف أو لفظ على تعدد البلاد وتباعد الأقطار واختلاف الأجناس .

١١٨ - دلالة نصوص القرآن قطعية وطنية : وإذا كانت نصوص القرآن قطعية، فإن دلالتها على معانيها قد تكون قطعية وقد تكون ظنية. فإن كان النص دالاً على معناه ولا يحتمل التأويل، كانت دلالته قطعية، مثل قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾ [النور: ٤]. فدلالة ثمانين على العدد قطعية. ودلالة أبداً على التأييد قطعية. وإن كان النص دالاً على معناه، ولكنه يحتمل التأويل كانت دلالته ظنية، كقوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨]. فلفظ القراء قد يعنى الحيض وقد يعنى الطهر، ومن ثم فدلالته على معناه ظنية لا قطعية، إذ من المحتمل أن يكون المراد من اللفظ الحيض، ومن المحتمل أن يكون المراد الطهر .

١١٩ - صجية أحكام القرآن : لا خلاف بين المسلمين في أن القرآن من عند الله، وأنه سبحانه وتعالى تجب له الطاعة، فالقرآن حجة على كل مسلم ومسلمة وأحكامه واجبة الاتباع أينما كان نوعها .

القرآن الكريم هو المصدر الأول والأسمى لأنه وحى إلهي مباشر ولأن نصوصه الإلهية قطعية الورود. وكثيرا ما يشير الفقهاء إلى "النصوص القطعية" ويميزونها بأنها خالدة غير قابلة للتغيير أو التطوير. ويجب التفرقة بين صفة قطعية الورود (وهي الصفة التي تتمتع بها جميع آيات القرآن الكريم)، وبين صفة قطعية الدلالة؛ فإن بعض الآيات فقط هو قطعي الدلالة، أي أنها (لا تحتمل التأويل أو الخلاف في التفسير) - وهذا يعطى أهمية كبرى للتفسيرات المتعددة للآيات القابلة للتأويل وقابلية هذه التفسيرات للتطور والتجديد.

ويزيد في أهمية ذلك أن تحديد النصوص قطعية الدلالة هو محل اجتهاد مما يفتح باب الاختلاف في عدد الآيات القطعية الدلالة.

وهذا النوع من النصوص القطعية تكون ثابتة في عباراتها ومدلولها، وهي في الأصل عامة أو كلية يجب أن تكون أساسا ومنبعاً لنظريات تتسع لاستنباط أحكام جديدة كلما تطورت ظروف الزمان والمكان. وإذا كان بعضها يتضمن أحكاماً فرعية، فليس معنى ذلك أنها لا تشير إلى مقاصد سامية ومبادئ كلية يجب أخذها في الحسبان في بناء النظريات التشريعية.

وبرغم الأمثلة التي ذكرها، فإننا نشير إلى ما قلناه من قبل من أن وصف أحد النصوص بأنه قطعي الدلالة أو ظني يُرجع فيه إلى الاجتهاد... فهو الذي يرسم الخط الفاصل بين النوعين، ويحدد نطاق كل منها.

ولم نظرن أن بعض آيات الأحكام في القرآن الكريم يمكن أن تشتمل الآية الواحدة منها على ألفاظ أو عبارات قاطعة في دلالتها، في حين أن لفظاً أو ألفاظاً أخرى في نفس الآية يمكن اعتبارها ظنية.

لقطعية الدلالة أو ظنيتها صفة لكلمة أو كلمات معينة، في حين أن الورود القطعي شامل لجميع آيات القرآن الحكيم، وذلك معنى قوله: "أنه لا خلاف بين المسلمين في أن القرآن (كله) من عند الله".....

١٢٠ - أحكام القرآن شرعت للدنيا والآخرة : وأحكام القرآن على نوعين: أحكام يراد بها إقامة الدين وهذه تشمل أحكام العقائد والعبادات. وأحكام يراد بها تنظيم الدولة والجماعة. وتنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض، وهذه تشمل أحكام المعاملات والعقوبات والأحوال الشخصية والدستورية والدولية ... إلخ .
وأحكام القرآن على تنوعها وتعددتها أنزلت بقصد إسعاد الناس في الدنيا والآخرة، ومن ثم كان لكل عمل دنيوي وجه أخروي، فالفعل التعبدى أو المدوى أو الجنائى أو الدستورى أو الدولى له أثره المترتب عليه في الدنيا من أداء الواجب، أو إفادة الحل والملك، أو إنشاء الحق أو زواله، أو توقيع العقوبة، أو ترتيب المسؤولية ... إلخ. ولكن هذا الفعل الذى يترتب عليه أثره في الدنيا له أثر آخر مترتب عليه في الآخرة، هو المثوبة أو العقوبة الأخروية. وينبئ على كون الشريعة مقصودا بها إسعاد الناس في الدنيا والآخرة أن تُعدَّ وحدة لا تقبل التجزئة، أو جملة لا تقبل الانقسام؛ لأن أخذ بعضها دون بعض لا يؤدى إلى تحقيق الغرض منها، ولأنه لا توجد شريعة أخرى على وجه الأرض معمول بها تسلك مسلك الشريعة الإسلامية، فلا ينبغي أن تقاس الشريعة في هذا بغيرها .

ومن يتبع آيات الأحكام يجد كل حكم منها يترتب عليه جزاءان : جزاء دنيوي، وجزاء أخروي. فالقرآن يحرم القتل حيث يقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الإسراء: ٣٣]. ويجعل للقتل جزاءين أحدهما دنيوي، والثاني أخروي. فأما جزاء الدنيا فهو القصاص، وأما جزاء الآخرة فهو العذاب الأليم، وذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرِّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدِ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عَفَىٰ عَنْ شَيْءٍ فَاتَّبِعْ بِالْعُرْفِ وَأَدِّ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٨]. والعذاب الأليم هو عذاب الآخرة، يؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾ [النساء: ٩٣]. ويؤيده أن القصاص عقوبة الدنيا على الاعتداء .

وجزاء قطع الطريق أو الحراقة، القتل والقطع والصلب والنفي، عقوبة دنيوية والعذاب العظيم عقوبة أخروية، وذلك قوله تعالى: ﴿وَأَمَّا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٣] .

عَوْدُهُ وجزاء السارق القطع في الدنيا، والعذاب في الآخرة، لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ * فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨، ٣٩].
والمقصود التوبة بعد العقوبة الدنيوية، ولا يتوب بعد عقابه إلا من كان مسئولاً مسئولية أخروية.

وإشاعة الفاحشة ورمي المحصنات له عقوبة في الدنيا وعقوبة في الآخرة، حيث يقول جل شأنه: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ﴾ [النور: ١٩]. ويقول: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لَعُنَوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ * يَوْمَ تُشْهِدُهُمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ * يَوْمَئِذٍ يُوَفِّيهِمُ اللَّهُ دِينَهُمُ الْحَقَّ وَيَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ﴾ [النور: ٢٣ - ٢٥].

والزنا له عقوبتان أيضاً إحداهما في الدنيا والثانية في الآخرة، فيقول الله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]. ويقول: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ لَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا * يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا * إِلَّا مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَالِحًا فَأُولَئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [الفرقان: ٦٨ - ٧٠].

وأكل أموال اليتامى معاقب عليه في الدنيا والآخرة، وذلك قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ولا تاكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حوباً كبيراً﴾ [النساء: ٢]. وقوله: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠].

وأكل الربا له عقوبتان الأولى في الدنيا والثانية في الآخرة، وذلك قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَكَ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

عَوْدَهُ

وتعطيل المساجد له كذلك عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية حيث يقول جل شأنه : ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ مَنَعَ مَسَاجِدَ اللَّهِ أَنْ يُذَكَرَ فِيهَا اسْمُهُ وَسَعَىٰ خِثَامًا أُولَٰئِكَ مَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَدْخُلُوهَا إِلَّا خَائِفِينَ لَهُمْ فِي الدُّنْيَا خِزْيٌ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [البقرة: ١١٤].

والتولى عند الزحف له عقوبتان أيضا في قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحَفُوا زَحَفًا فَلَا تُولُوهُمْ الْأَدْبَارَ* وَمَنْ يُولُوهُمْ يَوْمَئِذٍ دَبْرُهُ إِلَّا مَنْ حَفَظَ لِقَاتًا أَوْ مُحِيزًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ مِنَ اللَّهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ الْمَصِيرُ﴾ [الأنفال: ١٥، ١٦].

وللمرتد عقاب في الدنيا وعقاب في الآخرة في قوله تعالى : ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فِيمَتَ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَٰئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: ٢١٧].

وهكذا لا نكاد نجد حكما لم ترتب عليه الشريعة عقوبة أخروية فوق العقوبة الدنيوية؛ وإن وجدنا شيئا من ذلك فإنه يدخل تحت قوله تعالى : ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ* أَمَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ فَلَهُمْ جَنَّاتُ الْمَأْوَىٰ نُزُلًا بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ* وَأَمَّا الَّذِينَ فَسَقُوا فَمَأْوَاهُمُ النَّارُ كُلَّمَا أَرَادُوا أَنْ يَخْرُجُوا مِنْهَا أُعِيدُوا فِيهَا وَقِيلَ لَهُمْ ذُوقُوا عَذَابَ النَّارِ الَّذِي كُنْتُمْ بِهِ تَكْذِبُونَ﴾ [السجدة: ١٨-٢٠]. وقوله : ﴿وَمَنْ يَطْعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يَدْخُلْهُ جَنَّاتُ تَجْرَىٰ مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ* وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يَدْخُلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾ [النساء: ١٣، ١٤]. وهناك كثير من النصوص العامة قاطعة بهذا المعنى وفيما ذكرناه هنا الكفاية.

ولم تشرع أحكام الشريعة الإسلامية للدنيا والآخرة عبثا، وإنما اقتضى ذلك منطق الشريعة. فهي في أصلها تعد أن الدنيا دار ابتلاء وفناء، وأن الآخرة دار بقاء وجزاء، وأن الإنسان مسئول عن أعماله في الدنيا ومجزى عنها في الآخرة، فإن فعل خيرا فلنفسه، وإن أساء فعليها، والجزاء الدنيوي لا يمنع من الجزاء الأخروي إلا إذا تاب الإنسان وأتاب.

أول ما يجب التنبيه إليه هو أن نصوص القرآن وأحكامه شاملة للأمور الدنيوية والأخروية؛ بل إن كل آية من آيات الأحكام فيه إذا كان يتفرع عنها حكم دنيوي فإنه يستنبط منه حكم تكليفي أخروي - ويكون الحكمان مرتبطين؛ ولهذا فإن مبدأ وحدة الشريعة في الجانب الدنيوي والأخروي له نتائج مهمة سوف نتعرض لها فيما بعد.

يترتب على ذلك أن مسئولية الفرد عن أعماله لا تقتصر على مؤاخذته أو مجازاته في الدنيا؛ بل تمتد إلى المسئولية بعد البعث والحساب. وأكثر من ذلك فإن المسئولية في الدنيا تؤثر على مسئولته في الآخرة، بمعنى أنه إن أدى ما يترتب على فعله في الدنيا من جزاء فإن ذلك قد يكون توبة تخفف مسئولته الأخروية؛ بل تقلب السيئة حسنة بأمر الله وعفوه ولطفه - وهو ما يشجع الفرد على عدم التهرب من المسئولية الدنيوية ومواجهة الجزاءات الجنائية طلباً للمغفرة. وهذه القاعدة أثرها في تطبيق الحدود مثلاً؛ إذ إن تحملها يكون دليلاً على نية التوبة خصوصاً إذا قبلها مرتكب الخطيئة أو سعى إليها باختياره معترفاً بها. وكذلك جميع العقوبات الجنائية والاجتماعية التي تفرضها الشريعة؛ فهي ليست رد فعل ولا انتقاماً ولا تخويفاً أو زجراً فقط؛ بل إنما قبل كل شيء سبيل إلى التوبة في الدنيا وسبب لها ووسيلة للفران لتفادي الجزاء في الآخرة.

وهذا يفسر توسعه في ذكر أمثلة لما ورد في الآيات القرآنية من الجمع بين الإشارة إلى الجزاء الأخروي والدنيوي معاً. ويكفي أن نتأمل عبارات الآية (93) من سورة النساء بشأن جزاء القاتل في الآخرة، والآية (178) في سورة البقرة الخاصة بعقوبة القصاص في الدنيا، وكذلك آية المائدة (رقم 33) بشأن الحراة.

أشار إلى الآية رقم (19) في سورة النور الخاصة بإشاعة "الفاحشة" على أنها في نظره توضيح لعلّة العقاب المقرر في الآيات (23-25) من السورة نفسها التي تفرض الحد على قذف المحصنات الغافلات. وهذه الإشارة لا تكفي في نظرنا، بل إن الآية (19) تقرر مبدأ عاماً هو تحريم كل ما يترتب عليه إشاعة الفاحشة، وليست خاصة بالقذف وحده، وسنرى أن لهذا المبدأ تطبيقات عديدة وليس مقصوراً على حد القذف أو حد الزنا.

والآيات الأخرى التي تشير إلى العقاب الأخروي بصراحة إنما يقصد بها النهي عن الأفعال التي يترتب عليها العذاب في الآخرة، وهي لذلك تعد مصدراً للمبدأ عام يدخل ضمن الأحكام التكليفية، ومثالها الآيات (68-70) في سورة الفرقان بشأن الزنا والقتل، والآيات (101-102) في سورة النساء الخاصة بتحريم أكل أموال اليتامى ظلماً، والآية (114) في سورة البقرة بشأن تعطيل المساجد والشعائر الدينية، والآيات (15، 16) من سورة الأنفال بشأن تحريم الهروب من الجهاد والقتال يوم الزحف.. والآية (217) من سورة البقرة بشأن الردة.

وهذه الأحكام التكليفية وأمثالها مما ينذر مرتكب أفعال معينة بالعقاب الأخرى تكملة آيات أخرى تفرض عقاباً دنيوياً أى جنائياً كحد الزنا والقذف والقصاص في القتل وعقوبة الحرابة ... وما لا يرد نص بعقوبة الحد على مرتكبه يستحق فاعله التعزير بحسبان فعله معصية بشرط أن يرى القاضى أو المجتهد النص على جزائه، ونحن نرى أن النص يجب أن يكون سابقاً على الفعل ويكون ذلك بالتقنين الذى يتولاه أهل الاجتهاد. إن إفاضته في إيراد النصوص القرآنية التى تنذر مرتكب المعاصى بالعقاب الأخرى، وما استنبطه من ذلك من أن شريعتنا لا تقر "القوانين الوضعية" التى تصدرها الدول دون ربطها بمصدرها الإلهى في القرآن والسنة، هو من أهم الخصائص المميزة لشريعتنا لأنها دين وقانون وهى تعالج القصور في القوانين الجنائية الوضعية، التى تتجاهل الحساب والعقاب في الآخرة. أما إذا اقتصرنا على القوانين الوضعية، فقد يظن مرتكب الجريمة أنه إذا استطاع الإفلات من العقوبة الجنائية الوضعية فإنه يكون بذلك قد أفلت نهائياً من كل حساب، وهذا هو ما يشجع الجناة على ابتكار الأساليب التى تمكنهم من تضليل العدالة أو التهرب من المسؤولية، ظناً منهم أن المساءلة القضائية هى كل ما يترتب على الجريمة، فى حين أن المؤمن بالبعث والنشور والملتزم بشريعتنا يضع فى اعتباره أن الخالق المدبر للكون سيبعثه ويحاسبه يوم القيامة عن كل أفعاله، ومن بينها تحايله وقربه من المحاكمة الجنائية، بعد ذلك عدواناً على الشريعة ذاتها وقرباً من أحكامها ... ولابد أن يكون ذلك معصية فى ذاته، أى أن من يتلقى العقاب القضائى طائعاً مختاراً يكون موقفه فى الآخرة أفضل بكثير ممن قُرب منه، لأن هذا التهرب يضاعف له العقاب الأخرى. أما من عوقب جنائياً فى الدنيا فقد يُعَدّ ذلك توبة تعفيه من العقاب فى الآخرة، وقد يستحق المغفرة لهذا السبب.

ويشير الفقهاء إلى عدّ الجزاء فى الآخرة هو العامل الأكبر فى مقاومة الانحرافات أو الاتجاهات الإجرامية لدى الأفراد؛ لأن الجزاء الجنائى كثيراً ما يعمل المجرمون على تفاديه وينجحون فى ذلك فلا يستطيع القضاء توقيع العقوبة لعدم معرفة الفاعل أو لعدم كفاية الأدلة، أو لوجود شبهة.

فعلى الأفراد المؤمنين بالحساب الأخرى أن يدركوا أن ذلك لن يعفيهم من العقاب فى الآخرة، بل قد يزيد فيه.

❁ اشتراط إجراءات صحيحة وأدلة معينة سببه أن المحاكمات الدلوية ليست

نهائية وأن الأصل هو الجزاء يوم الحساب :

واعتمادا على ذلك، فإن شريعتنا لا تجيز لمن يقومون بمقاومة الجرائم أن يستخدموا أساليب غير مشروعة كالتجسس أو انتهاك حرمت البيوت وأسرار المراسلات والمخادطات التليفونية، وأمثال ذلك مما تحرمه الشريعة والقوانين ولا يجوز لهم أن يبيحوا لأنفسهم ذلك بحجة الكشف عن الجرائم - وإذا حدث ذلك منهم فإنه يُعَدُّ جريمة في ذاته، ولا يصح معاقبة المتهم بناء على نتائج مثل هذه التدابير المخزمة وغير المشروعة. ويستند الفقه في ذلك إلى قول رسولنا الكريم: "أيها الناس من ارتكب شيئا من هذه القاذورات (الجرائم) فاستتر فهو في ستر الله. ومن أبدى صفحته أقمنا عليه الحد".

فالقضاء يختص بمعاقبة الجرائم التي تصل إلى علمه بطريق مشروع وأدلة مقبولة - أما غيرها، فقد تكفل الله سبحانه بالجزاء عنه. ولهذا السبب، فإن شريعتنا تدين المجاهرة بالمعصية، وتُعَدُّ ذلك أمرا محرما، بل جريمة إشاعة للفاحشة في المجتمع. وعلى هذا الأساس، فإن شريعتنا تشدد العقوبات على الجريمة التي تقترب بقدر من الجهر والعلانية، وقد قال في ذلك إمامنا الشيخ/ محمد أبو زهرة⁽¹⁾: "إن الإسلام يُعَدُّ الجريمة المعلنة جريمتين، جريمة الفعل المحرم، وجريمة إعلانه ... ذلك لأن ستر الجرائم من شأنه أن يجعل الإثم يزوى ولا يظهر ... وأن عدم التظاهر والإعلان تجعل نزعات الشر تضعف شيئا فشيئا ... وأن الذين يعلنون الجرائم إنما يدعون إليها ويحرضون عليها بإعلانهم".

وهذا يؤيد ما قلناه بشأن اشتراط أربعة شهود رؤية لتوقيع الحد في جريمة الزنا، لأن رؤية الفعل بأربعة شهود دليل على المجاهرة بالفاحشة والعلانية الاستفزازية التي هي ظرف مشدد في تلك الجريمة، تستوجب توقيع الحد، وليس ذلك شرطا لثبوت ارتكاب الفعل ذاته الذي يكفي فيه الأدلة الإقناعية، وعقوبته تعزير إذا لم تثبت المجاهرة بالأدلة القانونية التي تستلزمها الشريعة لتوقيع عقوبة الحد، وهي الإقرار طوعية واختيارا، أو شهادة أربع شهود رؤية بالصورة المفصلة في كتب الفقه .

(1) :راجع كتابه في "العقوبة" البند 17 ص 26 .

١٢١- أحكام الشريعة لا تتجزأ : وأحكام الشريعة لا تتجزأ ولا تقبل الانفصال، وليس ذلك فقط لما ذكرناه من أن التجزئة تخالف الغرض من الشريعة، وإنما لأن نصوص الشريعة نفسها تمنع من العمل ببعضها وإهمال البعض الآخر، كما تمنع من الإيمان ببعضها والكفر ببعض، وتوجب العمل بكل أحكامها والإيمان إيماناً تاماً بكل ما جاءت به. فمن لم يؤمن بهذا ويعمل به، دخل تحت قوله تعالى : ﴿أَفْتَرُمُونِ بِبَعْضِ الْكِتَابِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضٍ فَمَا جَزَاءُ مَنْ يَفْعَلُ ذَلِكَ مِنْكُمْ إِلَّا خِزْيٌ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيَوْمَ الْقِيَامَةِ يُرَدُّونَ إِلَى أَشَدِّ الْعَذَابِ﴾ [البقرة: ٨٥].

والنصوص الواردة في تحريم العمل ببعض الشريعة دون بعضها كثيرة، منها قوله تعالى : ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّاعِنُونَ﴾ إلا الذين تابوا وأصلحوا وبينوا فأُولَٰئِكَ أَتُوبُ عَلَيْهِمْ وَأَنَا التَّوَّابُ الرَّحِيمُ﴾ [البقرة: ١٥٩، ١٦٠]. والكتمان معناه العمل ببعض الأحكام دون بعضها الآخر -٧٣-، والاعتراف ببعضها وإنكار البعض الآخر .

ومنها قوله تعالى : ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنزَلْنَا مِنَ اللَّهِ مِنَ الْكِتَابِ وَيُسْتَرُونَ بِهِ شُنًى قَلِيلاً أُولَٰئِكَ مَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ إِلَّا النَّارَ وَلَا يَكْلَسُهُمُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ أُولَٰئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَىٰ وَالْعَذَابَ بِالْمَغْفِرَةِ فَمَا أَصْبَرَهُمْ عَلَى النَّارِ﴾ [البقرة: ١٧٤، ١٧٥].

وقوله تعالى : ﴿أَفَغَيْرَ دِينِ اللَّهِ يَبْغُونَ وَلَهُ أَسْلَمَ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا وَإِلَيْهِ يُرْجَعُونَ﴾ [آل عمران: ٨٣]. وقوله : ﴿وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ [آل عمران: ٨٥].

تعليق "رقم-٧٣-" : معنى الكتمان لغة وعرفا الستر، فمعنى الآية المباركة والتي بعدها حرمة كتمان ما أنزل الله من البينات، ولا تدل على النهي عن الإيمان ببعض الكتاب دون بعض. ويمكن تقريب الاستدلال بما على المنع من الإيمان ببعض الكتاب دون بعض بأن نقول إن الآيتين المباركتين كما تدلان على حرمة كتمان جميع الآيات المباركة تدلان على حرمة كتمان بعض الآيات مع عدم كتمان البعض الآخر، والكتمان ملازم للكفر، فالآيتان المباركتان تدلان على المنع عن الإيمان ببعض الآيات دون بعض .

ولما كان إنكار بعض الأحكام ملازماً للبعد عن دين الله وإبتغاء سواه لأن الدين عبارة عن مجموع الأحكام الإلهية، فإنكار بعضها ملازم للبعد عن الله سبحانه وعن أحكام الإسلام، فيتضح بذلك الاستدلال على حرمة إنكار بعض أحكام الشريعة وعدم العمل بما بالآيتين المباركتين الثانية والثالثة .

عروده وقوله: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنُنَّهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ فَنَبَذُوهُ وَرَاءَ ظُهُورِهِمْ وَاشْتَرَوْا بِهِ ثَمَنًا قَلِيلًا فَبُخْسَ مَا يَشْتَرُونَ﴾-٧٤- [آل عمران: ١٨٧].
 وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الرُّسُلُ لَا يَحْزَنْكَ الَّذِينَ يُسَارِعُونَ فِي الْكُفْرِ مِنَ الَّذِينَ قَالُوا آمَنَّا بِالْأَوْهَامِ وَلَمْ تَزْمِنْ قُلُوبُهُمْ وَمِنَ الَّذِينَ هَادُوا سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ سَمَاعُونَ لِقَوْمٍ آخَرِينَ لَمْ يَأْتُوكَ يَحْكُمُونَ الْكَلِمَ مِنْ بَعْدِ مَوَاضِعِهِ يَقُولُونَ إِنْ أُوتِيتُمْ هَذَا فَخُذُوهُ وَإِنْ لَمْ تُؤْتَوْهُ فَاحْذَرُوا وَمَنْ يَرِدِ اللَّهُ فِتْنَتَهُ فَلَنْ تَمْلِكَ لَهُ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا أُولَئِكَ الَّذِينَ لَمْ يَرِدِ اللَّهُ أَنْ يَطَهِّرْ قُلُوبَهُمْ لَهُمْ فِي الدُّنْيَا خِزْيٌ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة: ٤١]-٧٥- وقوله: ﴿فَلَا تَخْشَوْا النَّاسَ وَاخْشَوْنَ وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: ٤٤].

وقوله: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْفُرُونَ بِاللَّهِ وَرُسُلِهِ وَيُرِيدُونَ أَنْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ اللَّهِ وَرُسُلِهِ وَيَقُولُونَ نُؤْمِنُ بِبَعْضٍ وَلَكُفْرُ بِبَعْضٍ وَيُرِيدُونَ أَنْ يَتَّخِذُوا بَيْنَ ذَلِكَ سَبِيلًا * أُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ حَقًّا﴾ [النساء: ١٥٠، ١٥١].

وقوله: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شُرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِيمَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ * وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنْ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ * أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾-٧٦- [المائدة: ٤٨ - ٥١].

الضلع تعليق "رقم-٧٤-": "تقريب الاستدلال بهذه الآية المباركة أن كتمان الكتاب بمعنى كتمان أحكامه، ولا فرق في الحرمة بين كتمان جميع الأحكام أو بعضها، فتكون الآية المباركة دليلاً على ما يذكره المصنف.

الضلع تعليق "رقم-٧٥-": "إن المستفاد من قوله سبحانه وتعالى في هذه الآية المباركة ﴿وَأَنْ أُوتِيتُمْ هَذَا فَخُذُوهُ وَإِنْ لَمْ تُؤْتَوْهُ فَاحْذَرُوا﴾ [المائدة: ٤١]، هو الإيمان ببعض الكتاب دون بعض، والآية الكريمة صريحة في كفر من يقول ذلك وخروجه عن الإسلام. وأما الآية التي بعدها فهي صريحة في كفر من يؤمن ببعض الكتاب دون بعض.

الضلع تعليق "رقم-٧٦-": "إن قوله سبحانه في هذه الآية المباركة ﴿وَأَحْذَرُهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ [المائدة: ٤٩]، صريح في حرمة إنكار بعض ما أنزل الله.

عنده وقوله: ﴿يَأْيُهَا الرُّسُولُ يَلُغْ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَغْتَ رِسَالَتَهُ وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ﴾ * قل يا أهل الكتاب لستم على شيء حتى تقيموا التوراة والإنجيل وما أنزل إليكم من ربكم وليزيدن كثيرا منهم ما أنزل إليكم من ربك طغيانا وكفرا فلا تأس على القوم الكافرين﴾-٧٧- [المائدة: ٦٧، ٦٨] .

وقوله: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ وَلَوْ أَنَّهُمْ إِذْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ جَاءُوكَ فَاسْتَغْفَرُوا اللَّهَ وَاسْتَغْفَرَ لَهُمُ الرَّسُولُ لَوَجَدُوا اللَّهَ تَوَّابًا رَحِيمًا﴾ * فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما﴾ [النساء: ٦٤، ٦٥] .

١٢٢- مميزات الشريعة: وتماز الشريعة الإسلامية عن الشرائع الوضعية بميزات عظيمة هي أن أحكامها شرعت للدنيا والآخرة. وهذا هو السبب الوحيد الذي يحمل معتققيها على طاعتها في السر والعلن والسراء والضراء؛ لأنهم يؤمنون بأن الطاعة نوع من العبادة يقربهم إلى الله، وأنهم يثابون على هذه الطاعة، ومن استطاع منهم أن يرتكب جريمة ويشقادي العقاب الدنيوي فإنه لا يرتكبها مخافة العقاب الأخروي وغضب الله عليه. والشريعة تلزم معتققيها أن يتحلقوا بالأخلاق الفاضلة، ومن تحلق بالأخلاق الفاضلة ندر أن يرتكب جريمة، وهم بعد ذلك يعلمون أن الله رقيب عليهم، ومطلع على أعمالهم، وأنهم مهما استخفوا من الناس فلن يستخفوا من الله وهو معهم أينما كانوا، وكل ذلك مما يدعو إلى قلة الجرائم، وحفظ الأمن وصيانة نظام الجماعة ومصالحها العامة، بعكس الحال في القوانين الوضعية فإنها ليس لها في نفوس من تطبق عليهم ما يحملهم على طاعتها، وهم لا يطيعونها إلا بقدر ما يخشون من الوقوع تحت طائلتها، ومن استطاع أن يرتكب جريمة ما، وهو آمن من سطوة القانون فليس ثمة ما يمنعه من ارتكابها من خلق أو دين، ولذلك تزداد الجرائم زيادة مطردة في البلاد التي تطبق القوانين الوضعية، وتضعف الأخلاق ويكثر المجرمون من الطبقات المستنيرة، تبعا لزيادة الفساد الخلقي في هذه الطبقة، ولقدرة أفرادها على التهرب من سلطان القانون .

المصدر تعليق "رقم-٧٧-": الآية المباركة لا يستفاد منها حرمة الإيمان ببعض الكتاب دون بعض، وإنما يستفاد وجوب تبليغ ما أنزل الله، وأنه يجب على أهل الكتاب تطبيق التوراة والإنجيل. وكذا الآية الأخيرة فإنه لا يستفاد منها ما أراد المصنف، وإنما هي تأمر ما يلزم إطاعة الله والاستغفار واطاعتكم إلى الرسول .

عودة وتفرض الشريعة على معتقبيها أن يؤمنوا بأنها من عند الله، وأنها أصلح نظام وأعدله، ومن ثم فهم لا يعدلون بها نظاما آخر-٧٨-، ويترتب على هذا ألا تجد مؤمنا بالدين الإسلامي يرضى بأى نظام مخالف له أو خارج عليه، كالشيوعية وما أشبه، بينما تجد من تطبق عليهم القوانين الوضعية يقيسون الأنظمة بمقياس المصلحة المادية العاجلة، فيستشرفون إلى كل نظام جديد، ويتطلعون إلى الأخذ بكل ما يروونه أفضل من نظامهم أو ما يمكنهم من الجاه والمال والسلطان، ومن ثم يعيشون غير مستقرين على مبدأ ولا نظام.

فمزج الشريعة بين أحكام الدنيا والدين وإيمان المسلمين بها ضمن للشريعة الاستمرار والثبات، وبث في المحكومين روح الطاعة والرضا، ودعاهم إلى التحلق بالأخلاق الكريمة، وجعل للشريعة قوة في الردع ليست لأى قانون وضعى آخر مهما أحكم وضعه وأحسن تطبيقه وتنفيذه.

الصدر تعليق "رقم-٧٨-": يطبقون أحكامها مختارين حبا لها وإعجابا بها ورجاء لما يترتب على امتثالها من فوائد في الدنيا وثواب الآخرة، وحنرا مما يترتب على مخالفتها من مفساد في الدنيا وعقاب في الآخرة.

الشاوي رأينا في "التعليقات أرقام-٧٣-٧٨-" نزيد أقوال فقيها في عمومها مع إضافة بعض التفصيلات - تراجع الحاشية.

إن المزج بين الأحكام الدنيوية والأخروية هو أساس خلود المبادئ القرآنية التي هي جوهر شريعتنا وأصولها والمميز الأساسي لها، بحسبانها ليست قانوناً فقط بل هي دين قبل كل شيء .

إن ما يعرف بأصول الفقه إنما ينحصر موضوعه في القواعد المتعلقة باستنباط الأحكام الفرعية من مصادرها الشرعية، لكن هذا لا يجوز أن يشغلنا عن العناية بالمبادئ العليا والمقاصد السامية التي يجب عُدُّها أصولاً شرعية ثابتة للنظريات العامة المستمدة من النصوص الخالدة لشريعتنا (القرآن والسنة) والتي تربط الأحكام بتلك الأصول .

لقد أكد على مبدأ عدم جواز تحجزة الشريعة، أى عدم فصل أحكام الجرائم والعقوبات الدنيوية عن العقائد والقيم الأخلاقية التي تقرها النصوص "التكليفية"، لأن هذه العقائد والقيم والنظريات التي يبنى عليها هي أصول الشريعة وأساس جميع أحكامها بما في ذلك أحكام الجرائم والعقوبات، بجميع أنواعها .

ولهذا السبب، فإننا أشرنا في مواضع متعددة إلى أنه لا يجوز الاكتفاء بنصوص القوانين الوضعية ووصفها بأنها تعازير . لجرد الادعاء بأنها "لا تخالف أحكام الشريعة" كما يقول فقهاء السلاطين الذين يريدون أن يسوِّغوا ما تسير عليه بعض الدول المعاصرة من الاكتفاء بتطبيق قوانينها الوضعية المستوردة من الخارج، وترفض تقنين الشريعة الذي يقصد منه ربط الأحكام الفرعية بمصادرها الشرعية في الكتاب والسنة .

إننا نصر على وجوب تقنين التشريع الجنائي الإسلامي، لإرجاع جميع أحكامه إلى الأصول والمبادئ الشرعية، والترقُّف مُثَانِياً عن استيراد نصوص أجنبية والاستغناء بها عن تقنين الفقه . والحكمة في ذلك هي ما أشرنا إليه، وهو أن الأصل في العقاب على الأفعال الإجرامية هو عُدُّها داخلية ضمن المعاصي التي تخالف "الأحكام التكليفية"، وبذلك يكون كل حكم تكليفي مبدأ عاماً يمكن عُدُّه أساساً لنظرية عامة هي التي تستند إليها في تجريم الأفعال التي تضر المجتمع أو أفرادها، وتستمد مشروعيتها من ذلك لا من استيرادها من قوانين أجنبية ولا من سيادة الدولة التي تصدرها .

لقد شرح لى أحد الأعضاء⁽¹⁾ الذين كانوا يعملون في مساعدة لجنة إعداد القانون المدنى (الذى طبق منذ عام 1949) الطريقة التي سارت عليها اللجنة في "وضع مشروع

(1) هو الدكتور سليمان مرقص .

❁ النصوص المستوردة من الخارج لا يجوز عدُّها تعزيرات ولو كانت

"لا تخالف الشريعة"، لأنها لا تستمد من مصادر التشريع الإسلامي :

ذلك القانون المدني، وأشار إلى مائدة وضع عليها عدة قوانين أجنبية، مثل القانون الفرنسي والألماني والبولوني والسوفييتي .. بل ومشروعات بعض القوانين التي لم تصدر، مثل ما يسمونه المشروع الفرنسي الإيطالي للالتزامات ...

وقال لي إن اللجنة كانت تختار أحسن النصوص من هذه القوانين الأجنبية جميعها - وذلك حسب تقديرها هي - دون أي إشارة إلى أنهم فكروا في البحث في الفقه الإسلامي عن أساس لما يماثل تلك النصوص المستوردة أو يغني عنها ... هذا هو ما لا نقره. وقد انتقده كثيرون من المطالبين بالالتزام بالشريعة، وعارضوا المشروع لهذا السبب .

وهذه اللجنة التي انتقدنا مشروعها، كانت تُعدُّ مقدمة بالنسبة لما اتبع في إعداد القانون الجنائي المصري، إذ إن من أعدوه اكتفوا بالرجوع إلى القانون الفرنسي، وإذا أرادوا التحرر منه رجعوا إلى ما قاله القضاء أو الفقه الفرنسي، وهذا كان في نظرهم أقصى خطوات التقدم.

وعلى ذلك، فإن لجنة إعداد القانون المدني قد خطت خطوات تقدمية أكبر بالنظر في عدد كبير من القوانين الأجنبية، بدلا من الاكتفاء بالقانون الفرنسي .

أما نحن، فنطالب بخطوات أكثر أصالة وتقدما بأن تستمد الأحكام أولا وأساسا من فقهاء ومصادره الأصلية، ولا مانع بعد ذلك من مقارنتها بما توصلت له القوانين الأجنبية، وإذا وجد فيها ما يتفق مع ما توصل له فقهاء أو يكمله أو يحسنه، فإن باب "الاستحسان" وأمثاله من أساليب الاجتهاد مفتوحة للاستفادة منه. وهنا فقط يمكن القول بأن ما استبطنه لا يخالف مبادئ الشريعة ولا أصولها ولا نظرياتها الأساسية ...

وميزة هذا الأسلوب الذي نقترحه هو أنه يفتح لنا المجال لكي نتأكد من أن نصوص التقنين الجنائي الإسلامي ستكون مستمدة من المبادئ والقيم الأخلاقية والأصول العقيدية لشريعتنا التي لا تقبل فصل القانون عن الأخلاق ولا عن العقيدة، ونكون بذلك مجتهدين ومستبطين للأحكام، لا مجرد مترجمين أو ناقلين عن التشريعات الأجنبية .

الفرع الثاني السنة

عوده ١٢٣ - تعريف السنة : هي ما أثر عن الرسول (ﷺ) من قول أو فعل أو تقرير. فالسنة على ثلاثة أنواع: سنة قولية، وسنة فعلية، وسنة تقريرية.

أولاً : السنة القولية : هي أحاديث الرسول التي قالها في مختلف المناسبات مثل قوله: "لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، أو زنا بعد إحصان، أو قتل نفس بدون نفس". وكقوله: "من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين: إن أحيوا قتلوا، وإن أحيوا أخذوا العقل". وكقوله في عقوبة الزاني الذي لم يحصن: "البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام". وكقوله: "لا قطع في ثمر معلق، ولا في حريسة الجبل، فإن آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن الجن". وقوله: "من شرب الخمر فاجلدوه، ثم إن شرب فاجلدوه".

ثانياً : السنة الفعلية : هي أفعاله صلى الله عليه وسلم مثل قضائه بالعقوبة في الزنا بعد الإقرار، وقطع اليد اليمنى في السرقة، وقضائه بشاهد واحد وعين المدعى.

ثالثاً : السنة التقريرية : هي ما صدر عن بعض أصحاب الرسول من أقوال أو أفعال أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم بسكوته وعدم إنكاره، أو بموافقته وإظهار استحسانه، فيُعَد عمل الصحابي أو قوله بعد أن أقره الرسول كأنه صادر من الرسول نفسه. ومثل ذلك أن النبي لما بعث معاذاً إلى اليمن سأل: "يم تقضي؟" قال: "أقضي بكتاب الله، فإن لم أجد في سنة رسول الله، فإن لم أجد أجتهد رأيي". فأقره الرسول على ذلك حيث قال: "الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله إلى ما يرضى رسول الله" - ٧٩ -.

الصدر تعليق "رقم-٧٩-": لا يثبت فقهاء المذهب الجعفرى على هذا الحديث لعدم ثبوت اعتباره عندهم لإرساله، لأن الراوى للحديث الحارث بن عمرو لم ينقل عن أحد منه الحديث، والحارث ضعيف لم يوثقه أحد من علماء الرجال. ويشهد لضعف هذه الرواية أن الحورقاني ذكر هذه الرواية في الموضوعات وقال إنه حديث باطل. هذا مع أنه معارض بحديث آخر في نفس الواقعة جاء فيه أن النبي (ﷺ) قال له: لا تقضين، ولا تفصلن إلا بما تعلم، وإن أشكل عليك أمر فقف حتى تبينه. وكلا الحديثين في واقعة واحدة، فلا يمكن الاعتماد على أى منهما. ولا يرى علماء المذهب الجعفرى صحة الاعتماد على الرأي في مسألة لا دليل فيها، والاجتهاد المعبر عندهم إنما هو في فهم الحديث الشرعى من أدلته ولعله المراد من قول معاذ، أجتهد رأيي أى أجتهد رأيي في فهم الحكم الشرعى من أدلته.

الشارى وأما أن "التعليق رقم-٧٩-": يتناقض في نظرنا مع ما قاله سابقاً من أن الفقه الجعفرى يَمُدُّ العقل هو المصدر الرابع للأحكام الشرعية، والعقل هو الاجتهاد في حديث معاذ - ومع ذلك فإنه يمكن الجمع بين القولين على اعتبار أن العقل في الاجتهاد لا يستمد الأحكام من فراغ، بل إن مهمته هي أن يستنبط الحكم من النظريات والمبادئ العامة في الشريعة - في حالة عدم توافر نص خاص في =

١٢٤ - مركز السنة من القرآن: القرآن هو المصدر الأول للتشريع الإسلامي، وأساس هذا التشريع. والسنة هي المصدر الثاني، وتلى القرآن في المرتبة.

وأحكام السنة من الناحية التشريعية لا تعدو أن تكون واحداً من ثلاثة :
الأولى : فهي إما أن تكون سنة تقرر وتؤكد حكماً جاء به القرآن، فيكون الحكم مرجعه القرآن والسنة معاً، كتحریم القتل بغير حق، وشهادة الزور، والسرقه، وغير ذلك من الأوامر والنواهي التي جاء بها القرآن والسنة.

الثاني : وإما أن تكون سنة مفصلة مفسرة حكماً جاء به القرآن مجملًا، أو مقيدة ما جاء في القرآن مطلقًا، أو مخصصة ما جاء فيه عامًا، فيكون هذا التفسير أو التقييد أو التخصيص الذي جاءت به السنة بيانًا للمقصود من الحكم الذي جاء به القرآن، لأن الله جعل لرسوله حق البيان لنصوص القرآن بقوله: ﴿وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم﴾ [سورة النحل: ٤٤]. فالسنة هي التي فصلت كيفية إقامة الصلاة والحج وإيتاء الزكاة؛ لأن القرآن أمر بإقامة الصلاة، وإيتاء الزكاة، وحج البيت، ولم يبين عدد الركعات، ولا كيفية الصلاة، ولا مقادير الزكاة، ولا مناسك الحج.

والسنة هي التي قيدت وخصصت كثيرًا من أحكام القرآن. فنصوص القرآن أحلت البيع وحرمت الربا، والسنة هي التي بينت بيوع الربا. ونصوص القرآن حرمت الميتة والدم. والسنة قيدت هذا الإطلاق، وخصصت التحريم وبينت ما يحل من أنواع الميتة والدم. ونصوص القرآن جعلت الميراث للأولاد، والسنة منعت ميراث القاتل. والقرآن يعاقب السارق والسارقة بالقطع، والسنة منعت القطع إلا في ربع دينار فصاعداً، ومنعت القطع إلا في السرقه من حرز.

الثالث : وإما أن تكون سنة مثبتة حكماً سكت عنه القرآن، فيكون الحكم أساسه السنة وليس له دليل في القرآن، كقول الرسول : "لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها". -٨٠- وكقوله في تحريم الذهب والفضة : "هذان حرامان على رجال أمتي حلالان لنسائهما". وكقوله : "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب".

= الموضوع الفرعي - وهذا يؤيد ما نقوله بأن التنظير أصبح ضرورياً كأساس للاجتهاد في عصرنا وفي المستقبل لتزويد الفقه بالأحكام الضرورية في الموضوعات المستجدة .

المصدر تعليق "رقم -٨٠-": الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفرى هو اختصاص الحكم بما إذا لم تأذن العمة والحالة، واستندوا في ذلك إلى أخبار معتبرة منها ما روى عن الإمام محمد بن على الباقر (ع) أنه قال: إننا نرى رسول الله عن تزويج المرأة على عمتها وخالتها إجلالاً للعممة والحالة، فإذا أدلت في ذلك فلا بأس.

وهذه الرواية تكون مفسرة للرواية التي أشار إليها المؤلف ومخصصة لها بصورة عدم إذن العمة والحالة.

الشأنى رأينا في "تعليق -٨٠-": هذا الموضوع خاص بالأحوال الشخصية .

١٢٥ - أنواع السنة بحسب روايتها: تنقسم السنة بحسب روايتها

عوده

ثلاثة أقسام: أ - سنة متواترة - ب - سنة مشهورة - ج - سنة آحاد

(أ) - السنة المتواترة: هي ما رواه عن رسول الله جمع يمتنع عادة أن يتواطأ أفرادها على كذب؛ لكنهم وأمانتهم، ثم رواه عن الجمع جمع مثله، وعن هذا الجمع جمع آخر، وهكذا حتى وصلت إلينا بسند كل طبقة من رواة جمع لا يتفقون على كذب من مبدأ التلقي عن الرسول حتى وصلت السنة إلينا. ومن هذا القسم السنن العملية في أداء الصلاة والصوم وغير ذلك من شعائر الدين التي تلقاها المسلمون جموعاً عن الرسول، ولقنوها جموعاً آخر دون خلاف عليها مع اختلاف الأعصار وتباعد الأمصار.

(ب) - السنة المشهورة: هي ما رواها عن الرسول صحابي أو أكثر دون أن يبلغ الرواة حد التواتر، ثم نقلها من الراوي أو الرواة جمع من جموع التواتر وتناقلها عن هذا الجمع جموع آخر حتى وصلت إلينا بسند أو طبقة فيه فرد أو أفراد لا يبلغون حد التواتر، ويأقن طبقاته من جموع التواتر. ومن هذا القسم ما رواه عمر بن الخطاب وابن مسعود وغيرهما من الصحابة - ٨١ -

(ج) - سنة الآحاد - ٨٢ -: هي ما رواها عن الرسول آحاد أو جمع لم يبلغ حد التواتر وتناقلها عن هؤلاء أمثالهم من الآحاد أو الجموع التي لا تبلغ حد التواتر حتى وصلت إلينا بسند طبقات الرواة فيه آحاد أو جموع لا تبلغ حد التواتر. ومن هذا القسم معظم الأحاديث.

١٢٦ - فصل السنن قطعية أو ظنية؟ : السنة المتواترة قطعية الورود عن الرسول لأن تواتر النقل يفيد الجزم بصدق الرواة، والسنة المشهورة قطعية الورود عن الرسول، لأن من تلقاها عن الرسول ليس جمعاً من جموع التواتر، ولأن من تلقاها عن الصحابي جمع من جموع التواتر، وسنة الآحاد ظنية الورود عن الرسول. والسنن جميعاً قد تكون قطعية الدلالة، وهذا إذا كانت لا تحتمل تأويلاً، وقد تكون ظنية الدلالة، وهذا إذا كانت تحتمل التأويل.

الصدر تعليق "رقم - ٨١ -": ليس من قسم المتواتر جميع ما رواه، وإنما هو خصوص ما تواتر عنهما في جميع الطبقات.

الصدر تعليق "رقم - ٨٢ -": ويمكن تقسيم هذا القسم إلى قسمين: الأول: ما رواه عن النبي (ﷺ) جماعة لم تبلغ حد التواتر، ورواه عنهم مثلهم في كل طبقة حتى وصل إلينا، ولسمها بالسنة المستفيضة (المستفيضة).

الثاني: ما لم يبلغ الاستفاضة (الاستفاضة) في جميع الطبقات أو في بعضها ولسمها سنة الآحاد. ويمكن تقسيم كل منهما إلى قسمين: الأول: ما كان محفوفاً بقرائن تشهد بصحته. الثاني: ما لم يكن كذلك.

الشاوي رأينا في "التعليقين - ٨١ -، ٨٢ -": تحديد كل هذه الأقسام خاضع للاجتهاد والخلاف - تراجع الحاشية.

١٢٧ - حجة السنة : لا خلاف في أن أقوال الرسول وأفعاله وتقاريره
 (عنده) التي قصد بها التشريع ونقلت إلينا بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح،
 تُعدّ حجة ملزمة للمسلمين، ومصدرة تشريعياً واجب الاتباع، سواء كانت قطعية
 الورود أو ظنية الورود. فالسنة المتواترة واجبة الاتباع، لأن ورودها عن الرسول
 مقطوع به، والسنة المشهورة وسنة الآحاد واجبة الاتباع - وإن كانت ظنية الورود
 عن الرسول؛ لأن هذا الظن راجح - ٨٣ - بما توافر في الرواة من العدالة والإتقان .
 وقد عُدّت أحكام السنة ملزمة واجبة الاتباع لأن القرآن جعلها كذلك - ٨٤ -، فالله
 تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي
 شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩] . ويقول: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ
 الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولَى الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَ الَّذِينَ يَسْتَبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾
 [النساء: ٨٣] . ويقول: ﴿مَنْ يَطْعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ﴾ [النساء: ٨٠] . ويقول: ﴿وَمَا
 أَرْسَلْنَا مِنْ رِسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ﴾ [النساء: ٦٤] . ويقول: ﴿قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ﴾
 [آل عمران: ٣٢] . ويقول: ﴿قُلْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ﴾ [آل عمران: ٣١] .

التعليق "رقم - ٨٣ -" : لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري على الظن وإن كان راجحاً ما لم يقم على
 اعتباره دليل بالخصوص، لتهيئ سبحانه وتعالى عن الظن في كتابه، فقد قال سبحانه في سورة الأنعام ١٦٦،
 وفي سورة يونس ٦٦ : ﴿إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنْ هُمْ إِلَّا يَخْرُصُونَ﴾، ولقد قال سبحانه وتعالى في سورة
 النجم ٢٨ : ﴿وَمَا ضَلَّ مِنْهُمْ مِنْ عِلْمٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنْ هُمْ إِلَّا يَخْرُصُونَ﴾ . كما نهي الله
 سبحانه عن الاعتماد على غير العلم، فقد قال تعالى في سورة الأعراف ٣٣ : ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ
 مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطْنٌ وَإِلَافٌ وَابِغْيَ الْحَقُّ وَإِنْ تَشْكُرُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يَزَلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ
 مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ . وقال سبحانه في سورة يونس ٥٩ : ﴿قُلْ اللَّهُ أَذُنٌ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْشَرُونَ﴾ ؟!

التعليق "رقم - ٨٤ -" : إن اعتبار السنة من لوازم الإيمان بنبوة النبي (ﷺ) وعصمته، أما
 الآيات التي سيذكرها المصنف فإن أكثرها مختصة بالسنة القولية ولا يشمل شيء منها السنة
 بمعنى التقرير .

الشأن في التعليق - ٨٣ - ، - ٨٤ - " : يحفظ السيد الصدر على قول فقيهما بأن السنة ظنية
 الورود تكون ملزمة، ويقرر أن فقهاء المذهب الجعفري لا يميزون الاعتماد على الظن وإن كان
 راجحاً - إلا إذا قام على اعتباره دليل (اجتهادي) . وهذا قول مقبول في نظرنا يمكن أن يحل
 مشكلات كثيرة تنشأ عن الاختلاف في حجة السنن ظنية الورود .

عودة ويقول: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٣٦]. ويقول: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ [الحشر: ٧].

فالسنة إذن تشريع واجب الاتباع بنص القرآن، وقد أجمع الصحابة في حياة الرسول وبعد وفاته على وجوب اتباع سنته، فكانوا في حياته يحضون أحكامه، ويمثلون أمره ونهيه، يحلون ما أحل، ويحرمون ما حرم. وبعد وفاته كانوا إذا لم يجدوا في القرآن حكم أى واقعة نزلت بهم سألوا عن سنة الرسول فيها. وكان أبو بكر إذا لم يحفظ سنة في واقعة ما، خرج ينشد المسلمين أيهم يحفظ سنة عن النبي في تلك الواقعة. كذلك كان يفعل عمر وغيره من الصحابة والتابعين - ٨٥ -.

الصدر تعليق "رقم-٨٥-": مر عليك قريبا أن فقهاء المذهب الجعفرى لا يستندون إلا إلى فعل المعصوم ولا يحتجون بفعل غيره، وإن كان صحابيا، فلا يمكن الاستدلال بفعل أبى بكر وعمر إذ لم يدع أحد من المسلمين العصمة لهما.

النشأوى رأينا في "تعليق-٨٥-": "يصر على أن مذهبيهم يلتزم فقط بما ورد عن الأئمة المعصومين من آل البيت دون غيرهم من الصحابة - وقد سبق أن بينا أن رأينا هو أن آراء الصحابة جميعا لها قيمتها بحسبها اجتهادات تستمد حجتها من الثقة التي يوليها المسلمون للصحابة بسبب قربهم من عهد الرسول (ﷺ)، ومع ذلك فليس لها قوة الإلزام مثل سنة الرسول الكريم. كما أن أهل السنة والجماعة لا يعترفون بالعصمة إلا للرسول والأنبياء دون غيرهم.

لا تنحصر السنة في الأقوال التي صرح بها رسولنا الكريم؛ بل تشمل أفعاله الثابتة، ونلاحظ أن جميع الأمثلة التي أشار إليها للسنّة القولية والعملية موضوعها تطبيق عقوبات الحدود .

أما الصورة الثالثة للسنّة، فهي مجرد تقريره أو قبوله لأمر صدر من غيره في حضوره، والمثل الوحيد الذي أشار إليه موضوعه هو تقرير مبدأ وجوب الاجتهاد كمصدر للأحكام الشرعية وهو ما تضمنه حديث معاذ بن جبل .

* * *

القرآن الكريم يسلم الجميع بأنه قطعي الورد، لأنه كتب وحفظ في حياة الرسول الأمين؛ بخلاف السنّة فإن روايتها وتسجيلها لم يبدأ إلا بعد وفاته، بل ربما لم يتم ذلك بصورة جدية إلا بعد مرور فترة من وفاته صلى الله عليه وسلم، ولذلك فإن قطعية الثبوت مقصورة على بعض السنن؛ ولذلك قُسمت إلى ثلاثة أنواع متفاوتة - أقواها السنن المتواترة ثم المشهورة، وآخرها ما يسمى بسنن الآحاد .

وهناك جدال كبير حول ثبوت بعض السنن، مما أدى إلى خلافات عديدة في مدى حجيتها، ولا يمنع ذلك من تأكيد مبدأ الالتزام بالسنّة، الذي تفرضه النصوص القرآنية .

والسنّة قد تكون قطعية الدلالة أو ظنية - وكذلك القرآن - وهذا أساس كثير من الخلافات الفقهية وتعدد المذاهب والآراء .

من المتفق عليه لدى كثيرين قَصْر حجية السنّة على ما كان منها قد قصد به التشريع، وما قام الدليل على صحة ورودها. ويرى كثيرون أن سنن الآحاد واجبة الاتباع برغم أنها ظنية الورد، وهذا يثير كثيرا من الخلافات بين المذاهب والأئمة وأهل الاجتهاد. ونصوص القرآن التي توجب طاعة الرسول الكريم هي الأساس القرآني للالتزام بالسنّة، مع ملاحظة التفصيلات المشار إليها .

وعلم السنّة واسع يمكن الرجوع إليه في مصادره المعروفة، لذلك لا نستطيع التوسع في بحثها في هذا المجال .

عوده

١٢٨ - فصل نُعَدَّ كل أقوال الرسول وأفعاله تشريعا ؟ : أفعال الرسول وأقواله على أنواع : فمنها ما صدر منه بصفته بشرا كالقيام والقعود والأكل والشرب، ومثل هذه الأفعال لا تُعَدَّ تشريعا-٨٦-؛ لأنها صدرت عن الرسول بمقتضى بشريته وليست جزءا من رسالته .

وبعض الأفعال صدر عن الرسول ودل الدليل على أنها من خصائصه لا يشاركه فيها أحد، كالزواج بأكثر من أربعة-٨٧-، ودخول مكة بغير إحرام، والوصال في الصوم. وهذه أيضا لا تُعَدَّ تشريعا؛ لأنها خاصة بالرسول فلا يشاركه فيها غيره .
وبعض الأفعال صدر عن الرسول وأساسه خبرته الخاصة بالشئون الدنيوية، كالإتجار والزراعة وتنظيم الجيوش، وهذه الأفعال وأمثالها ليست تشريعا أيضا؛ لأن مبنائها الخبرة الشخصية، والرسول نفسه كان لا يُعَدُّ هذه الأفعال تشريعا. فقد أشار على بعض الصحابة بتأبير النخل على وجه خاص فلم يصلح النخل به-٨٨-، فعدل عن رأيه وقال:

تعليق "رقم-٨٦-": ولكنها تصلح دليلا على الجواز .

الصدر

رأينا في "تعليق-٨٦-": يقول السيد الصدر إن أعمال الرسول وأقواله كثير لا تُعَدُّ سنة أو مصدرا للتشريع، لكنها في نظره تصلح دليلا على الجواز. ونحن لا نوافق على ذلك لأن الجواز لا يحتاج إلى دليل من السنة أو غيرها، إذ الأصل في الأشياء الإباحة - وهذا مبدأ أصيل من مبادئ الفقه.

الشاوي

تعليق "رقم-٨٧-": لم يتزوج النبي (ﷺ) بعد أن نزلت الآية المباركة بتحديد الزواج بأربعة، وإنما كان زواجه بجميع نسائه قبل ذلك. والشئ الذي خص الله به نبيه هو أنه أباح لنبيه (ﷺ) الإبقاء على جميع نسائه وألزم من كان عنده من المسلمين أكثر من أربعة أن يقتصر على الأربعة، وذلك لأن نساءه (ﷺ) أمهات المؤمنين، فلا يجوز لمن التزوج بسواهن ولا يجوز لغيره التزوج بهن، فلو فارقهن (ﷺ) لشق ذلك عليهن وقد لا يجدن من يعولهن لاسيما مع وجود أولاد هن .

الصدر

رأينا في "تعليق-٨٧-": نحن نؤيد ملاحظته من أن رسولنا الكريم لم يتزوج بأكثر من أربعة نساء بعد نزول الآية التي تحدد الزواج بأربع - وكل ما اختص به هو عدم التزامه بتسريح زوجاته فيما يزيد على أربع لأن القرآن حرم على زوجاته أن يتزوجن بغيره إذا سرحهن أو مات عنهن.

الشاوي

تعليق "رقم-٨٨-": إن إشارة النبي (ﷺ) بتأبير النخل وإن لم يكن تشريعا إلا أنه (ﷺ) الإنسان الكامل فلا يشير إلا بما هو نافع، لأنه (ﷺ) لا يخفى عليه ما هو الصالح ولو كان لا يعلم ما هو الصالح فلم يكن يشير بتأبير النخل .

الصدر

أما الرواية المذكورة فلا يمكن الاعتماد عليها لعدم ثبوت اعتبارها. ولو سلمنا اعتبارها سنداً فلا يمكن الاعتماد عليها لأنها تسبب النقص إليه (ﷺ) .

عودة "أنتم أعلم بأمور دنياكم". وفي موقعة بدر أراد أن يتول بالجيش في مكان معين، فقال له أحد الصحابة: أهذا متول أنزلك الله، أم هو الرأي والحرب والمكيدة؟ قال: "بل هو الرأي والحرب والمكيدة". فأشار الصحابي بأنزال الجنود في مكان آخر لأسباب بينها فأخذ الرسول بمشورته.

أما الأقوال والأفعال التي صدرت عن الرسول بقصد البيان والتعليم والإرشاد، فهي تشريع ملزم. ومثل ذلك قوله: "صلوا كما رأيتموني أصلي". وقوله: "خذوا عني مناسككم". وكقطعه يد السارق اليماني من الكوع، -٨٩- بيانا لقوله تعالى: ﴿فأقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨]. وكأمره بدفن المرجوم والصلاة عليه حينما سئل عن ماعز فقال: "افعلوا كما تفعلون بموتاكم". وكاختياره سوطا لا هو بالشديد ولا هو باللين حينما أراد إقامة الحد.

— وأما الرواية الثانية فإنه إذا ثبت اعتبارها فإن عدوله عن المكان الذي كان فيه ليس لأنه ظهر لديه فساد رأيه لما أشرنا إليه قريبا من عدم إمكان ذلك لأنه (عليه السلام) مره عن النقص وإنما هو مجازة لأصحابه تشجيعا لهم على الحرب وتقوية لروح المفاداة فيهم.

الشاوي رأينا في "تعليق ٨٨": "فيه توسع في مقتضى مبدأ العصمة لا لزوم له — في نظرنا لأن الله سبحانه أكد مرارا أن الرسول (عليه السلام) بشر، وهذا يجعل العصمة محصورة فيما يتعلق بتبليغ الرسالة سواء عن طريق الوحي القرآني أو السنة التشريعية فلا تشمل مجرد الأعمال البشرية من النوع الذي أشار له فقيهنا كتابير النخل أو اختيار موقع الجيش وسلاحه... إلخ.

الصدر "تعليق رقم-٨٩-": الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري هو لزوم القطع من رؤوس الأصابع تبعا لسيرة أمير المؤمنين (ع) الثابتة عندهم بالأخبار المعتبرة. ويروي سيرة أمير المؤمنين هذه الشافعي في الجزء السابع من كتاب الأم ص ١٨٢ ﴿وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحدا﴾ [الجن: ١٨]، بناء على ما صرح به بعض المفسرين من أن المراد بالمساجد هنا المساجد السبعة التي يجب السجود عليها ومنها الكف، ولما كانت الأكف لله فكيف تقطع يا ترى ١٤

وأما ما نقله المصنف عن سيرة النبي (عليه السلام) من قطع اليد من الكوع فلم يثبت عند فقهاء المذهب الجعفري بل الثابت خلاله، لأن الثابت من سيرة أمير المؤمنين قطع الأصابع كما مر آنفا، ولم يكن أمير المؤمنين ليخالف سيرة رسول الله (عليه السلام)، ولم يختص فقهاء المذهب الجعفري بهذا الرأي بل وافقهم على هذا القول جمع من غيرهم كما صرح بذلك ابن رشد في كتابه بداية المجتهد.

الشاوي رأينا في "تعليق-٨٩-": يقدم السيد الصدر أدلة قوية على أنه لا يجوز قطع الكف في حد السرقة — وأن القطع يقتصر على "رءوس الأصابع" فقط، وهذا موضوع يتعلق بحد السرقة ولا بد أن نعود إليه فيما بعد.

عوده

ومثل ذلك أيضا ما روى عنه من أن أم سلمة سألته عن قبلة الصائم، فقال لها: "لَمْ لَمْ تَقُولِي لَهُمْ إِنْ أَقْبَلَ وَأَنَا صَائِمٌ!". ولما سألته عن بَلِّ الشَّعْرِ فِي الْاِغْتِسَالِ قَالَ: "أَمَّا أَنَا فَيَكْفِيَنِي أَنْ أَحْتُو عَلَى رَأْسِي ثَلَاثَ حِثْيَاتٍ مِنْ مَاءٍ". ولقد اختلف الصحابة في الغسل من غير إنزال فانفذ عمر إلى عائشة رضي الله عنها وسألها عن ذلك، فقالت: فعلته أنا ورسول الله واغتسلنا. فأخذ عمر الناس بذلك. وكان عمر يقبل الحجر الأسود في طوافه ويقول: إني أعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع، ولولا أني رأيت رسول الله يقبلك ما قبلتك. ولولا أن فعل رسول الله وقوله متبع لما أخذ الصحابة بفعله وقوله. - ٩ -

الصدر

تعليق "رقم - ٩٠ -": إن من لوازم الإيمان والإسلام لزوم اتباع رسول الله في جميع أقواله وأفعاله ولا يحتاج إلى الاستناد إلى عمل الصحابة. ثم إن ما صدر منه (ﷺ) بقصد تعليم الأمور اللازمة وبيانها فيلزم على المسلمين اتباعه وما صدر منه (ﷺ) بقصد بيان الأمور المستحبة وتعليمها، فيستحب اتباعه والاقتداء به. وأما لو أشكل الأمر ولم يعلم أنه (ﷺ) كان قاصداً ببيان الأمور الواجبة أو قاصداً ببيان الأمور المستحبة، فإن أمر (ﷺ) باتباعه في فعله والاقتداء به كما في قوله (ﷺ): "عملوا كما رأيتموني أصلي، وحجوا كما رأيتموني أحج"، فيجب حينئذ اتباعه والسير في خطاه، وأما في مقام لم يأمر (ﷺ) باتباع فعله، ولم يعلم مراده ببيان الفعل الواجب أو المستحب، فلا يثبت بفعله الوجوب ولا يثبت أكثر من رجحان الفعل الذي أتى به، لأنه (ﷺ) كما كان يأتي بالواجبات كان يأتي بالمستحبات.

الشواي

رأينا في "تعليق - ٩٠ -": يخفف من أثر قوله السابق (الذي اعترضنا عليه في تعليقه رقم ٨٨) بشأن ما يصدر عن الرسول مما لا يعد تشريعاً - فهو هنا يقول بأنه صلى الله عليه وسلم كان يأتي بالمستحبات وليس بالواجبات فقط. ---

وأن نطاق الواجبات محدود في الحالات التي صرح فيها بالوجوب.

هناك إجماع على أن بعض ما نقل عن رسولنا من أفعال لا تُعدُّ تشريعاً لنا لأنها من خصائصه صلى الله عليه وسلم ... وقد ذكر فقيها أمثلة منها لكنها ليست على سبيل الحصر ... مما أوجد خلافات بشأن نطاق هذه الأفعال، وهذا موضوع علم الحديث والسيرة النبوية.

أهم من ذلك أن ما قام به صلى الله عليه وسلم من أفعال بمقتضى إنسانيته أو خبرته بالشئون الدنيوية لا تُعدُّ تشريعاً لأن غيره قد يكون أكثر منه خبرة بها، وقد أكد ذلك قوله: "أنتم أعلم بشئون دنياكم".

وقد أشار السيد الصدر في تعليقه رقم-89- على هذا البند (يراجع) إلى أن الشيعة الجعفرية لا يرون قطع اليد في حد السرقة لأن أمير المؤمنين سيدنا على يرى أن القاطع من رؤوس الأصابع - كما يراه الشافعي في كتاب الأم الجزء السابع ص 182 - واحتج بقوله تعالى: ﴿وَأَن الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ ...﴾ [الحج: 18]. وقال إن ابن رشد في كتابه بداية المجتهد ذكر أنه وافقهم على هذا القول جمع من غيرهم ..

ونتمنى أن يتطوع أحد الباحثين بدراسة هذا الموضوع عند دراسة حد السرقة في القسم الخاص - ونرجو أن يأخذ في حسبانهِ أن قطع الأيدي ورد مرتين في سورة يوسف - بمعنى إصابة اليد بجروح في قصة النساء اللاتي قطعن أيديهن .

الفرع الثالث

الإجماع

١١٩ - تعريف الإجماع : الإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي - ٩١ -

الضد تعليق "رقم ٩١ -" كما فسرهم بعضهم، أو اتفاق جميع الأمة كما عن آخر، أو اتفاق أهل الحل والعقد كما عن ثالث، أو اتفاق أهل الحرمين كما عن رابع أو اتفاق أهل المصرين البصرة والكوفة كما عن خامس. وعن مالك أنه اتفاق أهل المدينة. وربما ذهب بعضهم إلى أنه اتفاق الشيخين أو الخلفاء الأربعة. وفي بعض المذاهب الإسلامية فسر الإجماع بأنه اتفاق خصوص مجتهديهم، إلى ما هنالك من أقوال في بيان تحقيق موضوع الإجماع. وأما عند الشيعة الإمامية فالإجماع المعتبر عندهم هو اتفاق جماعة يكشف اتفاقهم عن رأى إمام معصوم، قلت هذه الجماعة أو كثرت.

الشاوي رأينا في "تعلق ٩١ -" : يشير إلى آراء مختلفة عديدة في تعريف "الإجماع"، ويضيف أن الإجماع المعتبر عند الجعفرية هو اتفاق أى جماعة (قليلة أو كثيرة) إذا كان يكشف عن رأى معصوم. هذه التعريفات المختلفة ليست متناقضة في نظرنا بل تشير إلى أنواع متعددة من الإجماع - وهي في نظرنا قسمان :

الأول هو الإجماع المطلق - وهو اتفاق جميع الأمة أو جميع ممثليها (سواء وصفوا بأنهم أهل الحل والعقد أو المجتهدون الذين تمنحهم هذه الصفة ليمثلوها في مجال الاجتهاد الجماعي) في جيل معين. القسم الثاني يشمل ما عدا ذلك مما ذكره وكلها تدخل في نطاق الإجماع النسبي الخاص بإقليم معين - أو مذهب - أو جيل معين (مثل الصحابة أو الشيخين).

وجميع صور الإجماع النسبي المشار إليها في التعليق رقم ٩١ - هي في نظرنا من نوع الإجماع النسبي الذي يقن أو يصدر حكما مستمدا من اجتهاد أو مصدر شرعي سابق عليه.

بل نرى أن الإجماع المطلق الذي تنشق عليه الأمة جميعها أو جميع من يمثلونها من أهل الحل والعقد أو أهل الاجتهاد - إنما يكشف عن حكم مستمد من الكتاب أو السنة أو الاجتهاد ... (وإن كان اجتهاد أحد الأئمة أو جماعة من أهل الذكر أو أهل العلم) لأن الإجماع لا بد له من سند.

لذلك فإننا نذكر برأينا الذي عرضناه في تعليقاتنا على هذه النود (١٢٩ وما بعده) بشأن درجات الإجماع ودوره في إصدار الأحكام المستمدة من مصدر شرعي سابق عليه - مع مراعاة وجود اختلاف في المصادر الشرعية.

ما جرى عليه العمل من وصف الإجماع بأنه اتفاق المجتهدين يمكن الاعتراض عليه بما ورد في الأحاديث من نسبة الإجماع إلى الأمة كلها، وقد أوردنا فقيها في البند - ١٣١ - وتفسيرنا لذلك هو أن المجتهدين يمثلون الأمة في الإجماع وفي الاجتهاد، لأن جمهور الأمة هو الذي يعترف للفقهاء بصفة مجتهد، وهذا الاعتراف بذاته يُعَدّ تفويضا لهم ليمثلوا الأمة في نطاق التشريع، سواء في الإجماع أو التقنين أو الاجتهاد. ونظرا لتطور الظروف وتقدم سبل الاتصال فيمكن أن تختارهم الأمة بالانتخاب - حتى تتاح للجماهير فرصة استبعاد من لا يتقنون فيهم ويسموهم عادة "فقهاء السلاطين" الذين يفقدون ثقة الجماهير بسبب تقرّبهم من الحكام المستبدّين أو المفتّصين ولا يعتزون باستقلال الشريعة عن الدولة ومن يمثلونها.

وقد أشرنا في كتابنا "فقه الشورى"^(١) إلى "أن وصول المرء إلى مرتبة الاجتهاد لم يعرف في تاريخنا بتولى منصب من مناصب الدولة ولا بالحصول على اللقب من هيئة رسمية أو بشهادة دراسية من مؤسسة علمية أو دينية رسمية أيا كانت - إنما عرف المجتهدون بإقرار جمهور الناس وجمهور العلماء، أي بشهادة الرأي العام لهم بذلك". ومعنى ذلك أن جمهور الأمة هو الذي يمنح للفقهاء صفة اجتهاد؛ وهذا هو الذي يفسر لنا ما جرى عليه كثير من الباحثين من نسبة الإجماع إلى المجتهدين، ولا يكون ذلك متعارضا مع نسبة الإجماع للأمة.

ونحن نفضل أن ننسب الإجماع للأمة لا للمجتهدين، لأنها هي التي منحتهم هذه الصفة وهذا التفويض،^(٢) فهم يمثلونها ويعملون لحسابها وباسمها لا باسم الدول ورؤسائها ولا باسم هيئة دينية أو طائفة معينة.

(١) يراجع كتابنا فقه الشورى والاستشارة البند (38).

(٢) ونرى أنه في المستقبل إذا أردنا تنظيم مجلس للاجتهاد أو الإجماع، فإنه يجب أن تتاح الفرصة للجماهير دائما لاختيار من بين العلماء من تثق في أنهم مستقلون فعلا عن السلاطين وأشباههم وتمنحهم هي صفة الاجتهاد - ونذكر القراء بأن الأئمة الذين رخصوا تولي القضاء رغم إلحاح بعض الخلفاء والسلاطين إنما أرادوا بذلك الاحتفاظ بصفة العامة التي كانت تكبره السلاطين أو الخلفاء الذين استولوا على السلطة بالقلب والقوة ولم يلتزموا بالشورى ولا تثق بفنّاوي من مخالطوهم أو معاونوهم - وأن العامة عندما منحت صفة الإمامة للفقهاء الذين حافظوا على استقلالهم إزاء أصحاب السلطة قد راعت في ذلك ما اتصفوا به من عدم التقرب لحكام الجور وعدم إقرارهم لولايتهم.

❁ الإجماع المطلق والنسبي وإجماع الأمة أو الشعوب أو الجماعات المتفرعة منها:

يضاف لذلك ما أشرنا إليه في بحثنا في فقه الشورى من أن المجتهدين لا يختصون بعملية الاجتهاد ولا ينفردون بها لأقم يعرضون آراءهم في دروسهم بالمساجد المفتوحة للجماهير ويحضرها العامة والعلماء والتلاميذ ويناقشونهم فيها - وبذلك يكون للجمهور دور في مناقشة الاجتهادات التي تنسب هؤلاء العلماء، بل وفي الرقابة عليهم للتأكد من أن آراءهم لاتخدم ذوى السلطة أو الأمراء أو السلاطين.

لكن إجماع الأمة كلها ليس هو الصورة الوحيدة للإجماع، فكل جماعة من جماعات الأمة مهما صغرت يمكن أن تتخذ قرارا بالإجماع. ولكن الجماعات التي تتكون منها الأمة يكون إجماعها نسبيا لأن أثره يكون محدودا في نطاقها، ولا يجوز أن ينسب إلى الأمة كلها - فهو إجماع نسبي - مثل إجماع الشيعة على عصمة الأئمة، أو إجماع أهل السنة على غير ذلك، أو إجماع شعب من الشعوب الإسلامية على اختيار مذهب أبي حنيفة كما هو الحال في الدولة العثمانية وفي مصر حاليا وهكذا.

فالإجماع كما هو واضح من حيث نطاقه قسمان إجماع كامل مطلق يشمل الأمة كلها، ونسبي يخص إحدى الجماعات أو أحد الشعوب المكونة لها.

وهناك تقسيم آخر أشار إليه فقيهنا وهو التمييز بين الإجماع المطلق وما يسمى إجماع الجمهور، أى أغلبية الأمة وأغلبية الشعب أو الجماعة. وهذا يعنى القرار الملزم الصادر عن أغلبية في الأمة أو الشعب أو الجماعة.

وأهمية هذه التقسيمات أن كل إجماع منها يمكن تعديله أو إلغاؤه بإجماع مماثل له من حيث نطاقه أو الأغلبية اللازمة له.

* * *

وهناك تشابه وتداخل بين الإجماع والاجتهاد. فالأصل أن الإجماع مصدر للأحكام الشرعية يلى في الأهمية الكتاب والسنة، ويليه الاجتهاد (أو القياس أو غيره من المصادر المختلف عليها التي نغدها صورا من الاجتهاد مثل المصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب وهكذا).

ومعنى ذلك أن الإجماع مصدر منشئ للأحكام في الموضوعات التي لا يوجد لها حكم في الكتاب والسنة، ومع ذلك فإنهم يقولون إن كل إجماع لابد أن يكون له سند شرعى من الكتاب والسنة. وقد يفهم من ذلك أن هذا تناقض، ويؤول هذا التناقض في نظرنا إذا

قلنا إن الإجماع في هذه الحالات يكون متضمناً للاجتهاد، لأنه لا يقف عند حد تأكيد حكم ورد به نص في الكتاب والسنة، وإنما يتضمن اجتهاداً مستنداً إلى هذه النصوص الشرعية. مهما يكن هذا الاجتهاد محدوداً، يصل إلى حد التفسير

ولما كنا قد أشرنا إلى أننا في عصر التنظير، وأن الاجتهاد لا يلزم أن يكون مستنداً مباشرة إلى نص شرعي، بل يلزم في كثير من الأحيان أن تستنبط الحكم بناء على نظرية من النظريات التشريعية، فإن الاجتهاد وبالتالي الإجماع يكون مجاله أكثر مرونة واتساعاً ويكون واضحاً فيه دور الجماعة في استنباط أحكام في مسائل لا يوجد فيها نص في الكتاب والسنة. ومع ذلك، فإنه يستند إلى نظريات أو مبادئ مستمدة من النصوص الشرعية، مثل نظرية لاضرر ولاضرار ونظرية المساواة وتضامن الأسرة ووحدةها والتكافل والعدل الاجتماعي - وهكذا

وفي حالة ما إذا لم يكن الإجماع متضمناً لأي اجتهاد، بأن يقتصر على اختيار مذهب ما، فإنه يكون في نظرنا مجرد تقنين لأحكام مختارة من الفقه الموجود يقصد به إلزام القضاة بهذه الأحكام دون غيرها لوضع حد لاختلاف أحكام القضاء أو التناقض بينها .

وفي أكثر الأحيان يكون التقنين شاملاً لأحكام مختارة من آراء السلف مضافاً إليها اجتهادات معاصرة في الموضوعات التي لا يوجد لها حكم في الفقه الموروث . وعلى العموم، فإن الإجماع يكون دائماً متضمناً لإصدار تقنين شرعي، ويقوم بمهمة إصدار الأحكام الشرعية - مماثل إصدار القوانين الوضعية حالياً - لكنه يمتاز عنها بأن شريعتنا تجعله من اختصاص أهل الاجتهاد، لا من سلطة رؤساء الدول كما هو الحال في القوانين الوضعية. وهذا تحتفظ شريعتنا باستقلالها عن الدولة وسيادتها على المجتمع بما فيه الدول ذاتها

١٣٠- حجية الإجماع: إذا اتفق جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية متفرقين أو مجتمعين على حكم واقعة من الوقائع كان هذا الحكم المتفق عليه واجب الاتباع، وعُدَّ الإجماع دليلاً قطعياً على الحكم-٩٢-. أما إذا كان الرأي صادراً من أكثرية المجتهدين فإنه يعد دليلاً ظنياً، ويجوز للأفراد اتباعه ويجوز للمجتهدين أن يروا خلافه، ما لم يرولى الأمر أن يوجب اتباعه فيصبح في هذه الحالة واجب الاتباع-٩٣-.

الصدر تعليق "رقم-٩٢-": الإجماع وإن وصف بالحجية في لسان جميع المذاهب في الإسلام، إلا أن حجته بنظر فقهاء المذهب الجعفري متقومة بكشفه عن رأى المعصوم كما مرت الإشارة إليه، ولا يشترط في حجته اجتماع المجتهدين في عصر واحد فضلاً عن جميع العصور، بل الشرط عندهم اجتماع جماعة يكشف إجماعهم عن رأى معصوم من نبي أو إمام.

الشاوي رأينا في "تعليق-٩٢-": يشير السيد الصدر إلى رأى فقهاء المذهب الجعفري، هو أن حجة الإجماع تستمد من أنه يكشف عن رأى المعصوم، سواء كان نبياً أو إماماً. وما يقوله في هذا التعليق يؤكد قولنا إن الدور المهم للإجماع هو أنه تقنين لحكم مستمد من مصدر شرعي سابق عليه. ولكننا لا نوافق في أن المصدر الشرعي الوحيد هو ما سماه "رأى معصوم".

الصدر تعليق "رقم-٩٣-": المراد بولي الأمر رئيس الدولة الإسلامية بحق، ورئيس الدولة بعد انتهاء عهد النبوة الزاهر هو الإمام المعصوم مع وجوده، وأما مع غيبه كما في أيامنا الحاضرة فهو الحاكم العادل الذى تنتخبه الأمة الإسلامية ويأخذ دستوره من الإسلام وشريعته وقرآنه. فإن كان ولى الأمر هو الإمام فلا مجال للاجتهاد المعارض له لأن كلامه نص شرعى ولا اجتهاد في قبال النص.

هذا إذا أمر الإمام بأمر لكونه هو الحكم الواقعى. وأما إذا حكم عليه السلام بحكم مؤقت إلزامى اقتضته المصلحة العامة في وقت خاص مع تصريحه بعدم كونه حكماً إلزامياً دائماً، ومثاله: لو اقتضت المصلحة الإسلامية بمنع السفر إلى بعض البلاد الكافرة في زمان خاص مع تصريحه (ع) بأن فيه (ع) ليس لحرمته في الشريعة الإسلامية وإنما فى عنه وفقاً للمصلحة التى تقتضى النهى عنه مؤقتاً، فإنه لا مانع من اختلاف المجتهدين؛ والحال هذه في حكم المسألة في الشريعة الإسلامية وهل هو الإباحة أو الكراهة أو الاستحباب مع العلم بعدم الحرمة واقعا وأنه لازم الترك في الطرف الذى فى عنه الإمام إطاعة لأمره (ع). وأما إذا لم يكن رئيس الدولة هو الإمام المعصوم فلا يمنع أمره بترك شيء اختلاف المجتهدين في تلك المسألة. وإن كان رأى الذى يجب تطبيقه ظاهراً والعمل على وفقه هو ما أمر به رئيس الدولة الإسلامية =

= **الشأوى** رأينا في "تعلق-٩٣-": يعود للقول بأن المقصود بولي الأمر هو الإمام الذي توارثت في ولايته شروط الشرعية - مع إشارته إلى أن المذهب الجعفرى يعترف بالعصمة للكلمة من آل البيت دون غيرهم ممن تختارهم الأمة لينوبوا عنهم في زمن الغيبة .
والمحسن نذكر برأينا الذى لا لمحمد عنه - وهو أن من تختاره الأمة للإمامة سواء كان من آل البيت أو غيرهم، فإنما هى التى تحدده له نطاق صلاحياته .
والمحسن نرى أنه ليس من المصلحة أن يجمع رئيس الدولة بين ولاية السلطة التنفيذية وولاية الاجتهاد والتشريع. لقد سار الفقه فى جميع عصورنا على حرمان الخلفاء ورؤساء الدول من التدخل فى الفقه أو الاجتهاد أو التشريع، ولعتقد أن هذا هو الاتجاه الصحيح الذى يحمينا من الحكم الشمولى. ومن الملاحظ أن الدستور الإيرانى للجمهورية الإسلامية قد أخذ بهذا المبدأ .
أما قوله فى حالة وجود الإمام المعصوم فإنه لا مجال للاجتهاد المعارض له لأن كلامه نص شرعى، فإننا قلنا دائما بأن أهل السنة لا يعترفون بنسبة العصمة لأحد غير الرسل .

لكنه يكون منشئا للأحكام إذا تضمن اجتهادا مقترنا به :

تذكر بما قدمناه من أن أولى الأمر في مجال الفقه والتشريع هم المجتهدون الذين يغفلون الأمة ويعملون باسمها ونيابة عنها كما بينا؛ فعبارة "ولى الأمر" التي يستعملها الفقهاء في هذا الصدد لا يجوز في نظرنا أن تنصرف إلى السلطان أو الأمير أو الخليفة أو الرئيس أو غيرهم ممن يتولون السلطة التنفيذية .

يؤيد ذلك أنه عاد في البند التالي (131) وأشار إلى أن أولى الأمر المشار إليهم في سورة النساء (الآية 59) يُقصد بهم الحكام والعلماء معا؛ ثم عاد في نفس الفقرة فقال: إن المقصود بأولى الأمر في (الآية 83) من نفس السورة هم "العلماء" - وقال أيضا: "إذا أجمع العلماء على حكم وجب اتباعه لأن طاعتهم واجبة بنص القرآن"؛ وقد يظن البعض أن هناك تناقضا بين هذه العبارات إلا أن هذا الظن يزول إذا لاحظنا أن كلمة الحاكم في لغة فقهاءنا كان يُقصد بها القاضي، وأن القضاة كان يشترط فيهم أن يكونوا علماء أو من المجتهدين.

وسرى أن الإجماع لابد له من سند شرعى. ومعنى ذلك أن دوره الأول هو إلزام الجميع بحكم معين؛ سواء كان مصدره قطعيا من الكتاب أو السنة أو كان مجرد مصدر ظنى كالاجتهاد أو (القياس) الموروث أو المستحدث .

والأصل أن يكون الاجتهاد الموروث منسوبا لأئمة المذاهب المعروفة. وهنا يكون الإجماع كاشفا لهذا الحكم، لكن إذا لم يوجد بالفقه الموروث حكم لمشكلة مستحدثة، فإن أهل الاجتهاد يجمعون بين مهمة استنباط حكم مستحدث يكون هو سند إجماعهم مضافا إليه قرار بالتزامه، وهذا هو الإجماع. أما الاجتهاد المقترن به فهو سنده .

وفي هذه الحالة يكون الإجماع مصدرا منشئا لحكم جديد اقترن به وليس كاشفا لحكم سنده سابق عليه .

١٣١- الأساس التشريعي للإجماع : أساس الإجماع هو القرآن والسنة. فالاجتهاد لا يقوم على التحكم وإنما يقوم على مبادئ الشريعة العامة وروحها فيما لم يرد فيه نص صريح في القرآن أو السنة-٩٤-، واتفاق المجتهدين على حكم معين قاطع في موافقة هذا الحكم لمبادئ الشريعة العامة وروح الشريعة فيها؛ لأن اجتماعهم على حكم واحد مع اختلاف الأقطار والبيئات والمذاهب دليل على أن وحدة الحق هي التي جمعهم-٩٥- .

تعليق "رقم-٩٤-": الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري عدم اعتبار الإجماع في مورد فيه نص موافق للإجماع، لأن الإجماع الموافق للنص لا يكون كاشفاً عن رأي الإمام لاحتمال استناد المجتهدين إلى النص، ولا يمكن تحقيق إجماع مخالف لنص قطعي في الكتاب أو السنة القطعية، إذ لا يتصور إجماع المجتهدين على رأي مخالف للنص القطعي.

تعليق "رقم-٩٥-": ليت شعري، كيف يكون اجتماع جماعة من الناس على رأي يكون دليلاً على الحكم وليس فيهم معصوم مأمون من الغلط؟ وكيف يعلم أن وحدة الحق هي التي جمعهم، إذ لعل اتفاقهم كان بدافع العادة أو العقيدة أو الانفعالات النفسية، أو كان ذهابهم إلى هذا الرأي لشبهة عرضت لهم، أو نحو ذلك من الأسباب التي يحتمل أن تكون هي السبب لاتفاقهم، إذا لم يكن فيهم معصوم لا يحتمل فيه ذلك ولا يكون إجماعهم كاشفاً عن رأي الإمام (ع) وكيف يمكننا أن نحكم بأن ما اجمعوا عليه هو الحق ولو أن اتفاق جماعة من الناس بما هو اتفاق كيفية كان وبأى دافع، كان حجة ودليلاً، ولا يقول بذلك أى فقيه يرى حجية الإجماع. وأما ما ذكره الطوفي في كتابه مصادر التشريع من الاستدلال على حجية الإجماع بقوله إن الجمع الفصير مع است فراغ الوسع في الاجتهاد وإمعان النظر في طلب الحكم يمتنع في العادة اتفاقهم على الخطأ، فقد أشكل عليه بالنقض بإجماع اليهود والنصارى وسائر أهل الملل على ضلالتهم مع كثرتهم وفضلهم واجتهادهم وإمعانهم في النظر .

أما حل هذا البرهان فتقريبه أنه لا استبعاد في اتفاقهم على الخطأ، وما أكثر ما يقع الاشتباه في الأمور الحديثة والبرهانية وكم اتفق الفلاسفة على أمر برهاني ثم انكشف خطؤه بعد ذلك، وتاريخ العلماء ملئ بذلك . فلا يكون الإجماع دليلاً شرعياً إلا إذا كان كاشفاً عن رأي الإمام المعصوم، وذلك فيما إذا كان المجمعون علماء الشيعة الإمامية لأن إجماع غيرهم لا يكشف عن رأي المعصوم، ويشترط في كشفه عن رأي المعصوم الذي هو ملاك حججه ألا تكون المسألة عقلية لأن اتفاقهم على مسألة عقلية يحتمل استنادهم إلى براهين عقلية لا إلى رأي المعصوم. كما يشترط في حجية الإجماع ألا تكون المسألة موافقة للاحتياط لأن اتفاقهم على رأي موافق للاحتياط يحتمل أن يكون لأجل الاحتياط .

لذا اتفق مجتهد والطائفة الشيعية بالشرائط التي ذكرناها ألا أن اتفاقهم يكون كاشفاً عن دليل قطعي وصل إليهم من إمامهم. فالاعتماد على ذلك الدليل والإجماع كاشف عنه ومبين له. =

عودة وقد دعا القرآن والسنة إلى عَدِّ الإجماع تشريعا ملزما، فقوة الإلزام في الإجماع وعَدُّه مصدرا تشريعا مردّه إلى نصوص القرآن ونصوص السنة .
القرآن : فأما القرآن فقد قال الله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٥٩] . ومن المتفق عليه -٩٦- أن أولى الأمر في هذه

= وقد اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفري في الاتفاق الذي يكون كاشفا عن رأى المعصوم، فقد يكون اتفاق جماعة من العلماء دليلا بنظر فقيه لكونه كاشفا بنظره عن رأى الإمام ولا يكون كاشفا بنظر فقيه آخر إذ لا يحصل له العلم باستنادهم إلى دليل قطعى من الإمام.

الشأن رأينا في "التعليقين-٩٤-، -٩٥-": يعود للإشارة إلى أن الإجماع الكاشف (المقتن) لحكم مستمد من الكتاب والسنة، لا يُعَدُّ في مذهبهم إجماعا، لأنه مجرد إصدار الحكم المستمد من النص. أما الإجماع المُعْتَدُّ به في نظرهم فهو الذى يكشف (يقنن) حكما مستمدا من رأى الإمام المعصوم. يريد بذلك إنكار أى قيمة لرأى جماعة ليس فيها إمام معصوم. أو لا تكشف عن رأيه بإجماعها، ويصل بذلك إلى القول بأن المعتد به عندهم هو إجماع فقهاء المذهب الجعفري وحدهم، أما إجماع غيرهم فلا يكشف عن رأى الإمام المعصوم بخلاف أنهم لا يعترفون بالعصمة لأى إمام بعد الرسول .

ولا نوافق في رده على ما ذكره (الطوفى) في كتابه عن مصادر التشريع في الاعتراف بحجية الإجماع بصرف النظر عن وجود رأى للمعصوم أولا. وهذا القول الذى قاله "الطوفى" وعارضه هو الصحيح في نظرنا .

الصدر تعليق "رقم-٩٦-": بل رأى السائد بين المفسرين أن المراد بأولى الأمر في الآيتين المباركتين، الأمراء الذين يقتضى حفظ النظام طاعتهم وامتنال أوامرهم. وقد اختلف المفسرون فيما بينهم في أن المراد بأولى الأمر، هل هو كل ما يلى أمر المسلمين أم خصوص الذين جعلهم الله أولى الأمر وأوكل إليهم أمر الأمة .

الرأى السائد عند أهل السنة هو الأول، والرأى السائد بين الشيعة هو الثانى استنادا إلى أخبار معتبرة عندهم ورد بعضها من طرق علماء الشيعة وبعضها من طرق حفاظ السنة، وقد ذكرت الأخيرة في كتاب بتابع المودة من ص ١١٤ إلى ص ١١٧. ولم يفسر أولى الأمر بالعلماء إلا شاذ من المفسرين ولم أجد من فسرهما بالعلماء والأمراء معا، ولو سلم أن المراد بأولى الأمر العلماء والأمراء فلا تكون دليلا على حجية الإجماع لأن ظاهر الآية المباركة أن الله سبحانه أمر غير أولى الأمر بإطاعة أولى الأمر، فإذا كان المراد منهم العلماء فيكون معنى الآية أمر الجاهل بإطاعة أمر العلماء لا أن إجماع العلماء يكون حجة على من يأتى بعدهم من العلماء، كما يشهد لذلك أن المراد إطاعة أمر كل فرد من أولى الأمر ولا يشترط إجماعهم. فإذا كان المراد العلماء وأن الأمر بإطاعة العلماء يشمل حتى العلماء فإن لازم ذلك أنه يجب على العلماء إطاعة أى عالم كان، ولم يذهب فقيه إلى ذلك .

عوده الآية مقصود بهم الحكام والعلماء معا، فكل منهم ولى أمر في عمله، فإذا أجمع العلماء على حكم وجب اتباعه؛ لأن طاعتهم واجبة بنص القرآن. كذلك قال الله تعالى: ﴿لَوْ لَوْ رَدُّهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولَى الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَسَى أَنْ يَسْتَبِيلُوهُ مِنْهُمْ﴾ [النساء: ٨٣]. والمقصود بأولى الأمر في هذه الآية العلماء.

السنة : أما السنة فجعلت رأى الجماعة صوابا خالصا بعيدا عن الخطأ، وعُدَّت الرأى المجمع عليه حسنا عند الله، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا تجتمع أمتى على خطأ". وقال: "لم يكن الله ليجمع أمتى على ضلالة". وقال: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن" -٩٧- .

= **الشاوى** رأينا في "تعليق-٩٦-" يعقد موازنة بين ما ينسبه إلى أهل السنة من أن ولى الأمر هو كل من يلى السلطة بالحق أو بالباطل، وما ينسبه إلى الشيعة من أن المقصود به من يستمد الولاية بالطريق الشرعى - ولى كلا الخالين لا نقره على هذا التعميم لأن آراء السنة مختلفة. ونحن نرجح القول بأن أولياء الأمر فى التشريع هم أهل الاجتهاد وليس رؤساء السلطة التنفيذية - كما أننا لا نقر ما ينسبه إلى الشيعة من أن الأئمة المعصومين يستمدون ولايتهم من الله سبحانه، لأنه أشار مرارا إلى أنه فى حالة الغيبة فإن الأمة هى التى تختار من تمسك بالولاية بشرطها - ونرجح أن أول هذه الشروط عدم تدخل الإمام المنتخب فى التشريع الذى يبقى حرا لجميع من يتوالى لديهم أهلية الاجتهاد الفردى أو الجماعى.

لذلك لا توافق على اعتراضه على قول الشهيد عوده بأن أولى الأمر هم العلماء - ولكن هذا لا يعنى طاعة كل عالم أو لقيه دون غيره، بل إن للفرد والجماعة الاختيار بين الآراء والمذاهب المختلفة التى يفتى بها العلماء، فلا يجوز لأى عالم أن يفرض رأيه وحده على الناس ويحرمهم من حرية الاختيار بين المذاهب والآراء المختلفة التى هى ثروة للأمة تعزز بها وتستفيد منها حسب ظروف الزمان والمكان.

المصدر تعليق "رقم-٩٧-" : إنه (عليه السلام) فى هذه الروايات الثلاث أخبر عن عدم اجتماع أئمة على خطأ أو على ضلالة، وأن ما رآه المسلمون حسن فهو حسن، ولا تختص هذه الأخبار بالمتجهدين لتكون دليلا على حجية الإجماع.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٩٧-" : نزيد قوله إن الأحاديث التى أوردها فقيهما بشأن حجية الإجماع يقصد بها إجماع الأمة كلها وليس إجماع مجتهدين وحدهم. ورأينا هو أنه يمكن القول بحجية إجماع المجتهدين على أساس أنهم يمثلون الأمة وأنها هى التى اختارهم ليمثلوها فى مجال الاجتهاد أو التقين. وعليها تحديد الطريق النظامى لكى تقوم الأمة بحرية كاملة بهذا الاختيار، ولا يكون للسلطين والمستبدين دور فى ذلك يستغلونه لتدعيم سلطانهم.

نلاحظ أنه أشار إلى أمرين هما : قوة الإلزام في الإجماع، وثانيهما : هو عَدُّه مصدرا تشريعيا؛ ولذلك فإننا نرى أن للإجماع وظيفتين :- أولاها : أنه يعطى قوة الإلزام لحكم موضوعي يختاره من سند سابق عليه ومستمد من أحد مصادر التشريع الأخرى (الكتاب أو السنة أو الاجتهاد) - وثانيتهما : أنه قد يكون هو بذاته مصدرا مباشرا للتشريع في حالة ما إذا استنبط المجمعون حكما جديدا مستحدثا باجتهادهم وليس له سند سوى اجتهاد الذين أجمعوا، وهنا يكون سند الإجماع اجتهادا معاصرا للإجماع ومندمجا فيه⁽¹⁾ ... والمفروض هنا أن يصدر الإجماع ممن يقومون بمهمة الاجتهاد باعتراف الجمهور أو العامة لهم بهذه الصفة فيكونون بذلك ممثلين للأمة التي ينسب إليها الإجماع - وفي هذه الحالة يكون قرار الجماعة أو ممثليها القائمين بالاجتهاد نتيجة عمليتين هما الاجتهاد والإجماع معا.

وأولو الأمر في الإجماع هم أولو الأمر في التشريع والاجتهاد كما قدمنا فيما سبق - وهم "أهل الاجتهاد" في زماننا

(1) مثال ذلك في نظرتنا استحداث التعزير على جرعة إصدار شيك بدون رصيد والعقاب عليها بعد شيوع التعامل بالشيكات التي لم يعرفها فقهاؤنا من قبل، وبالتالي فإنهم لم يتكلموا عن هذه الجرعة ولم يبحثوا أحكامها، فالإجماع الآن استقر على عَدُّ الفعل جريمة تستحق التعزير بحسبانه ضرورة "عصرية" للاعتداء على مال الغير، وأن مبدأ تحريم العدوان على أموال الناس أحد مقاصد الشرعية الثابتة ونظرية تشريعية مستفادة من النص الذي يعاقب على السرقة.

١٣٢- الإجماع مصدر القوانين والسرايع والقرارات : القوانين الجنائية هي النصوص التي تصدرها السلطات المختصة بسن القوانين بغض النظر عن شكل الحكومة الدستوري. وهذه النصوص تسمى في مصر قوانين إذا جاءت عن طريق البرلمان، وتسمى مراسيم بقوانين إذا أصدرها الملك في غيبة البرلمان، طبقا للمادة ٤١ من الدستور المصري، وفي كلا الحالتين يجب أن تقرها أغلبية من أعضاء البرلمان، فإذا أقرتها الأغلبية، أمر الملك بإصدارها، وأصبحت ملزمة للأفراد. فمصدر القوانين هو الإجماع الناقص، أو هو إجماع الأكثرية على القواعد والمبادئ التي يحتويها القانون. وقوة القانون الملزمة لا تأتي من هذا الإجماع وإنما من أمر ولي الأمر بإصدار القوانين ووضع موضع التنفيذ فالإجماع هنا دليل ظني لا قطعي -٩٨-

واللوائح والقرارات هي ما تصدره السلطات الإدارية واخلية من قواعد لتنفيذ قانون ما، بناء على السلطة المخولة لهذه السلطات بنص القانون، فمصدرها هو مصدر القانون أي الإجماع الناقص، وقوتها الإلزامية مستمدة من أمر ولي الأمر الذي أصدر القانون، وخول لمن وكل إليه التنفيذ سلطة التنفيذ.

١٣٣- مركز القوانين واللوائح والقرارات من التشريع الإسلامي: تعد القوانين والقرارات واللوائح مكملية للتشريع الإسلامي؛ لأن الشريعة تعطي لأولى الأمر حق التشريع فيما يمس مصلحة الأفراد ومصلحة الجماعة، وفيما يعود على الأفراد والجماعة بالنفع. فللسلطة التشريعية -٩٩- في أي بلد إسلامي أن تعاقب على أي فعل مباح إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولها أن تعفو عن الجريمة أو عن العقوبة (١) إذا كانت الجريمة من جرائم التعازير واقتضت المصلحة العامة العفو عن الجريمة، أو العفو عن العقوبة كلها أو بعضها، ولها أن تضيق من سلطان القاضي في أي جريمة من جرائم التعازير وأن تتركه واسعا مادامت المصلحة العامة تقتضي هذا. والقوانين والقرارات واللوائح التي تصدرها السلطة التشريعية -١٠٠- تكون نافذة واجبة الطاعة شرعا، بشرط ألا يكون فيها ما يخالف نصوص الشريعة الصريحة أو يخرج على مبادئها العامة وروح التشريع فيها، وإلا فهي باطلة بطلانا مطلقا كما ستبين فيما بعد عند الكلام على النسخ.

المصدر تعليق "رقم-٩٨-": لا يصدق الإجماع المصطلح على اتفاق أكثرية البرلمان لعدم حصول الاتفاق الكامل وعدم اجتهاد المتفقين.

المصدر تعليق "رقم-٩٩-": في الدولة الإسلامية التي نالت سلطتها بحق شرعي.

المصدر تعليق "رقم-١٠٠-": ذات الحق الشرعي كما ذكرنا آنفا.

المصادر رأينا في "التعليقات-٩٨- إلى -١٠٠-": تراجع الحاشية.

(١) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها.

نحن نوافق على أن الإجماع ليس من درجة واحدة؛ فإن هناك إجماعاً كاملاً صادراً عن الأمة كلها أو عن ممثليها الذين تختارهم بحرية كاملة وتفويضهم في ذلك لكن يوجد إلى جانب ذلك أنواع أخرى من الإجماع الناقص... والإجماع الناقص الذي أشار إليه هنا هو ما يعرف في الفقه بأنه إجماع الجمهور، أى "الأكثرية"، ويكون بقرار شورى بالأغلبية؛ وهذا يؤيد ما نذهب إليه من أن المقصود بالإجماع عملاً هو التزام الجماعة كلها بقرار الأغلبية بالشورى. فالإجماع يكون دوره هو إلزام الجميع بقرارات الشورى.

إلا أننا نلاحظ مرة أخرى أنه لا يميز بين "أولى الأمر" في التشريع وهم أهل الاجتهاد من العلماء وأهل الذكر، وبين ولى الأمر التنفيذي أى رئيس الدولة أو السلطان؛ لأنه تأثر بالنظم العصرية التى يقوم فيها رئيس الدولة بإصدار القانون وإعطائه القوة التنفيذية الملزمة للجميع رغم أن البرلمان وافق عليه بالأغلبية فقط - فى حين أن الأصول الإسلامية تفصل بين التشريع والتنفيذ؛ وقيام رؤساء الدول بالإصدار هو إقرار منهم بالتزامهم بتنفيذ ماقره أهل الاجتهاد لأن إلزام أحكام الشريعة ذاتي، مستمد من مصادرها الإلهية لا من سلطات "الدولة"... أما رئيس الدولة فإنه يعلن فقط التزامه بتنفيذ ماوصل إليه المجتهدون أو من أجمعوا أو يأمر بإعلانه ليطلع عليه الجميع ويلتزموا به.

ورأينا أن الإجماع فى هذه الحالة يلزم رئيس الدولة بالإصدار، لأنه يستند إلى أصل شرعى هو أن جميع من يتمنون للأمة يلتزمون بقراراتها الشورية حتى ولو كانت صادرة عن إجماع "ناقص" أى بالأغلبية.

وسوف نوضح رأينا فى تعدد صور الإجماع الناقص ووجوب التمييز بين أنواع مختلفة منه تتفاوت فى مدى إلزامها - ودور الإجماع فى تقنين التعازير - فى نهاية هذا الفرع بعد البند (134).

إننا لانوافق على استعمال كلمة "السلطة التشريعية" فى فقهاء؛ لأن الناس فى عصرنا يفهمون منها أنها إحدى سلطات الدولة؛ فى حين أن "السلطة التشريعية" فى ديننا هى لله سبحانه وتعالى - وبذلك تكون شريعتنا مستقلة تماماً عن الدولة بجميع سلطاتها - وتكون للشريعة السيادة والهيمنة على الدولة واجتماع جميع هيئاته التنفيذية بما فيها ما يعرف فى عصرنا بالسلطة التشريعية والسلطة القضائية والتنفيذية؛ فكلها سواء فى الخضوع لسيادة شريعتنا.

الإجماع تعبير عن إرادة من يمثلون الأمة في الاجتهاد لكي

تلتزم به سلطات الدولة وتلتزم به كافة :

وبرغم إعجابنا بما يبذله من جهد لتقريب النظم المعاصرة لمبادئ شريعتنا وأحكامها، فإننا نرى أنه يجب أن تسبق النظم المعاصرة ونضع الأسس لنظم مستقبلية تقاوم الاتجاه الشمولي الذي ينسب التشريع للدولة وسلطانها، وعلينا أن نؤكد أن شريعتنا مصدرها إلهي؛ يعبر عنه العلم والفقه والفكر الحر لأهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين يمثلون الأمة، ودور الدولة وسلطانها هو مجرد إعلان قرارهم للجميع والزامهم والزام سلطاتها بتنفيذه. وعلى ذلك، فإن ما يسميه قوانين وقرارات ولوائح إذا كانت شرعية فإنها تصدر بتفويض من يتولون مهمة الاجتهاد ... فالإيمان بالله سبحانه وتعالى وبالعلم والفكر الحر وحق الأمة في اختيار من يمثلونها من أهل الاجتهاد هو الضمانة التي قررناها شريعتنا لحماية الشعوب من بغي من يستولون على السلطة بالقهر والغلب ويدعون لأنفسهم سلطة التشريع الوضعية.

إن الدولة العادلة الشرعية، ما عليها إلا أن تفسح المجال للدوى الفكر والعلم وأهل الذكر ليقوموا بمهمة الاجتهاد التشريعي بحرية كاملة، ولن يضرها ذلك في شيء، على أن تتولى إعلان الأحكام التي يصلون إليها باجتهدهم أو إجماعهم، ثم تتولى إلزام الناس بها، وتلتزم بتنفيذها.

إن الإجماع هو الوسيلة الشرعية للتعبير الإجماعي عن إرادة الأمة ومن يمثلونها من أهل العلم والفكر والذكر، لإرادة الذين يستولون على السلطة بالانقلاب والقوة دون التزام بالشورى والبيعة الحرة. أما من تختارهم الأمة لولاية سلطة الدولة، فعليهم أن يعرفوا مقدما أنهم خاضعون للشرعية لاصانعون لها، وأنهم لا يمثلون "سلطة التشريع" بل هم سلطة إعلان وتنفيذ .

١٣٤- الشريعة لم تنضد بمجعل اللإجماع تشريعا: وقد يظن البعض أن الشريعة انفردت بعّد الإجماع مصدرا للتشريع، وهو ظن خاطئ، فالقوانين الوضعية في غير البلاد الإسلامية أساسها رأى الجماعة سواء في التشريع أو التطبيق. فالقوانين لا تصدر إلا إذا وافقت عليها أغلبية الهيئات التشريعية، والنظريات القانونية التي يجمع عليها معظم الفقهاء أو معظم القضاة يكون لها دون تشريع قوة ملزمة مصدرها هذا الإجماع الناقص. وتجعل القوانين الوضعية الحكم لرأى غالبية القضاة عند الاختلاف إذا تعدد القضاة، فإذا كانت المحكمة مكونة من ثلاثة قضاة كان الحكم ما يراه اثنان منهم، وإذا اختلفت دوائر المحاكم العليا في تقرير المبادئ القانونية أو تفسير النصوص كان الحكم لأغلبية قضاة هذه الدوائر مجتمعين. ومعنى هذا كله أن القوانين الوضعية تسلم بالإجماع-١٠١-، وتجعل الإجماع الناقص مصدرا للتشريع والتفسير والتطبيق؛ لأنه يمثل رأى الأكثرين.

المصدر تعليق "رقم-١٠١-". في إطلاق اسم الإجماع على الغالبية البرلمانية التي تعتمد عليها القوانين الوضعية تسامح، إذ لا اتفاق فيها ولا يشترط في الموافقين الاجتهاد.

الشاوئ رأينا في "التعليقات-٩٨- إلى -١٠١-": السيد الصدر يعترض على عدّ قرارات البرلمان إجماعا لأن أعضاءه ليسوا مؤهلين للاجتهاد، كما يرى ألا ينسب الإجماع إلا لمن تختارهم الأمة للاجتهاد (التشريع) في دولة إسلامية. ونحن نؤيد قوله، ونرى أن يكونوا ممن توافرت فيهم شروط معينة من العلم أو الخبرة في اختصاصهم ويحظون فوق ذلك بثقة العامة.

صحيح أننا نرى أن الإجماع في الفقه ليس إلا صورة من صور الإجماع الذي يتسع لكل قرار ملزم يصدر عن الجماعة أو من يمثلونها، فهو تعبير عما يسمى في عصرنا بالسيادة الشعبية - لكننا نعتقد أن التعبير عن سيادة الأمة (وإجماعها) في مجال الفقه (التشريع الإسلامي) يحسن أن يمارسه من تختارهم ليمثلوها في ذلك المجال ونسميهم "أهل الاجتهاد"، ونفضل أن يتسبوا عن "أهل الحل والعقد" الذين يمثلونها في المجال السياسي والاجتماعي والاقتصادي وغير ذلك من الشؤون العامة (يشير إليهم فقيها بأهم أعضاء البرلمان المنتخب انتخابا حرا).

ولذلك اقترحنا أن يخصص مجلس لأهل الاجتهاد في الفقه - ومجلس آخر لأهل الحل والعقد - في النظم الدستورية العصرية (١)

(١) راجع كتابنا "فقه الشورى والاستشارة".

إننا نحمد له تمسكه بفكرة الإجماع الناقص؛ أي إجماع الجمهور أو الأغلبية ونؤيده في ذلك، وإذا كنا نقدر حرصه على مخاطبة القانونيين العصريين بهذا الأسلوب الذي يقرب بين الشريعة والقوانين الوضعية؛ فإننا نرى عدم تجاهل خصائص شريعتنا وأصولها من أجل هذا الأسلوب التوفيقى. وعلينا أن ندعم آراءنا بالأصول الشرعية والمبادئ الأساسية في الإسلام، وأهمها في نظرى هو مبدأ استقلال الشريعة عن "الدولة" وسيادتها على المجتمع كله بما فيه الدولة التى تلتزم بأحكامها. ولذلك نضيف هنا رأينا الخاص في ماهية الإجماع وصوره المتعددة، على ضوء هذا المبدأ الذى أشرنا إليه⁽¹⁾ :

(1) يراجع تعليقنا على البند (131) فيما سبق .

بحث إضافي في صور الإجماع وأنواعه

رأينا في الإجماع المطلق والنسبي

نعتقد أن كثيرا من الخلافات التي ثارت حول الإجماع سببها حسبانته صورة واحدة؛ في حين أن له تطبيقات متعددة ومتنوعة تختلف بحسب نطاق كل منها :

1- فالإجماع المطلق الكامل هو الذي يصدر عن الأمة الإسلامية في جميع أوطانها وأقطارها وبشترك فيه جميع شعوبها وأفرادها وجماعاتها؛ وهو المثل الأعلى الذي يرى البعض عدم إمكان تحققه عمليا؛ والذي قال بشأنه الإمام/ أحمد قوله المشهور: "من ادعى الإجماع فهو كاذب". وعلل ذلك بأنه يستحيل عليه معرفة رأى جميع المسلمين ويصعب التأكد من اتفاقهم جميعا على رأى واحد في مسألة معينة من مسائل القروع. لكن هذه الصعوبة لم تعد موجودة في عصرنا الحاضر بسبب توافر وسائل الاتصال الحديثة التي لم يكن لها وجود في عصر الإمام أحمد بن حنبل .

وقد أضاف الفقهاء إلى هذه الحجة أنه إذا فُرض وتحقق ذلك الإجماع في مسألة عقيدية أو أصولية؛ فإن ذلك لا يكون إلا لوجود نص قطعي من نصوص القرآن أو السنة الذي يسلم الجميع بحجيته دون خلاف أو جدال - ويكون مصدر الحكم المجمع عليه في هذه الأحوال هو ذلك النص القطعي الذي هو سند الإجماع⁽¹⁾.

ونعتقد أن هذا الإجماع المطلق الكامل هو الذي يعطيه فقهاؤنا قوة مماثلة للأحكام المستمدة من الكتاب أو السنة - أو أنه يليها في الترتيب - ويُعدونه مصدرا شرعيا للأحكام. لكن القول بأن الإجماع هو مصدر الحكم فيه تجوُّر⁽²⁾ لأنه مجرد إقرار بوجود حكم قطعي .

(1) مثل النص على صيغة شهادة ألا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله، وغدّها أول أركان الإسلام - وهذه الصيغة محل إجماع المسلمين في جميع العصور .

(2) أشرنا في كتابنا "فقه الشورى" (البند 37) إلى صورة عصرية من صور الإجماع الكامل الشامل للأمة كلها دون أى خلاف، وهو ما تم من إنشاء منظمة إسلامية دولية وعالمية هي منظمة المؤتمر الإسلامي، وقد عددنا ذلك تطورا لمبدأ وحدة الأمة والالتزام به في حالة تعدد الدول .

ومع ذلك فهذه المنظمة لا يوجد لها مجلس شعبي يضم من انتخبوا بالشورى الحرة من عامة المسلمين ... وهذا نقص سيأتي اليوم الذي يمكن معالجته فيه، لكي تصبح ممثلة للأمة وللتنظيم السياسية التي قد يوجد بينها من لا يلتزمون بالشورى ولا بالشرعية .

يمكن القول إذن بأن دور الإجماع في هذه الحالة هو تقنين حكم له مصدر قطعي معترف به من الكتاب والسنة - هو ما يسميه الفقهاء سند الإجماع. فاشتراط وجود سند للإجماع معناه أن مصدر الحكم المجمع عليه هو هذا السند - أما الإجماع فهو مقنن له أو أنه أداة إصدار للتقنين الشرعي، ونعتقد أن هذا هو الدور الأساسي للإجماع في جميع صورته.

2- هناك إلى جانب هذه الصورة الشاملة صور أخرى للإجماع النسبي :-

مثال ذلك ما يتردد كثيرا في كتب الفقه من القول بأن حكما معينا قد أجمع عليه أهل السنة؛ فإذا كانت هناك طوائف أخرى إسلامية قد شذت عن هذا الرأي فإنها لا تلزم به لأنها لم تشارك في هذا الإجماع ويبقى إلزام القاعدة المجمع عليها نسبيا في حدود أهل السنة.

ونرى أنه قياسا على ذلك يمكن القول بإجماع شعب معين من شعوب العالم الإسلامي على اختيار مذهب من المذاهب الفقهية ليكون ملزما للقضاة؛ مثل إجماع شعب مصر مثلا على تطبيق مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان - بل على تطبيق الرأي الراجح منه دون غيره، ويمكن أن ينسب ذلك إلى الشعب في بلد آخر مثل تركيا أو السودان؛ كما يمكن أن يوجد شعب آخر من شعوب المسلمين يجمع على الالتزام بمذهب آخر؛ مثل الشعب السعودي الذي يجمع على تطبيق مذهب الإمام أحمد بن حنبل؛ وعلى فتاوى الإمام ابن تيمية.

كذلك تجمع شعوب أخرى في جنوب شرق آسيا مثل : ماليزيا والفلبين وإندونيسيا على الالتزام بمذهب الإمام الشافعي - وشعوب أخرى في شمال إفريقيا تجمع على الالتزام بمذهب الإمام مالك - فضلا عن إيران والشيعة الإمامية التي تجمع على تطبيق مذهب الشيعة الاثني عشرية.

بل نجد بلدا مثل اليمن يجمع على تطبيق مذهب الإمام الشافعي في مناطق معينة أو مسائل معينة وعلى تطبيق مذهب الإمام زيد في مناطق أخرى أو مسائل أخرى.

في جميع هذه الأمثلة نجد أن دور الإجماع هو تقنين مذهب معين أو رأى معين ليلتزم به القضاء في بلد أو إقليم أو شعب من شعوب العالم الإسلامي - فهو إجماع نسبي من حيث نطاق تطبيقه المكاني أو الشعبي.

وقد يكون الإجماع نسبيا من ناحية أخرى هي أنه يكفى فيه قرار الجمهور أو الأغلبية بالشورى الحرة.

وتطبيقاً لهذه القاعدة يمكن القول بأن إصدار تقنين شرعي للأحوال الشخصية أو الموارث أو الأوقاف في مصر مثلاً يضم أحكاماً مختارة من مذاهب أخرى غير المذهب الحنفي، هو تطبيق نسبي لمبدأ الإجماع؛ ويصبح كل تقنين يصدره أغلبية من يمثلون أحد الشعوب بالشورى الحرة نوعاً من الإجماع النسبي سواء من ناحية "الإقليم أو القطر" أو من ناحية أنه قرار الأغلبية أي الجمهور بالشورى الحرة .

في هذه الحالة من الإجماع النسبي (كما في الحالة الأولى من الإجماع الكامل) نرى أن الإجماع في الحقيقة لم يكن هو مصدر الحكم الشرعي؛ بل إنه مجرد أداة نظامية لتقنين الحكم أو الأحكام التي اتفق المجمعون على الالتزام بما فهم لا يعدون إجماعهم مصدراً للحكم أو الأحكام بل مصدرها هو سند الإجماع أي النص القطعي في الحالة الأولى أو المذهب الفقهي المعروف أو الرأي الراجح فيه أو الآراء المستمدة من مذاهب متعددة في الحالة الثانية. فمصدر الحكم المجمع عليه في جميع هذه الصور هو السند الشرعي الذي استمد منه المجمعون الأحكام التي التزموا بتطبيقها .

في نظرنا أن ذلك يوضح لنا الوظيفة الخطيرة للإجماع في شريعتنا في العصر الحاضر والمستقبل؛ فهو تعبير فقهاً عما نسميه الآن إصدار التقنين الشرعي والزام الجميع به رغم أنه صدر بقرار الأغلبية أو الجمهور؛ أي أنه عملية تقنية ونظامية تتخذها الأمة أو الشعب أو من يمثلونه بالشورى الحرة وسيلة للاتفاق على توجيه القضاة إلى الالتزام بمذهب أو رأي أو حكم معين؛ أو مجموعة أحكام مستمدة من مصادرها الشرعية . وقد يظن البعض أن هذا تقليل من أهمية الإجماع؛ ونحن نرى على العكس من ذلك أنه يقوم بدور جوهري وضروري في توحيد القضاء حتى لاتتناقض أحكام القضاة وتعم القوضى .

هذا الهدف الشرعي أو الوظيفة الاجتماعية للإجماع تبين لنا الحكمة الإلهية من وراء عده المصدر الثالث من مصادر الأحكام الشرعية بعد الكتاب السنة . إن مبدأ الإجماع المطلق أو النسبي هو الذي يحدد النظام العام في الأمة أو الجماعة أو الشعب وتلجأ إليه كل جماعة لمعالجة الآثار الناتجة عن الإسراف والتطرف في الحرية التي منحتها الشريعة للأفراد في اختيار المذهب أو الرأي الذي يلتزم به كل منهم . إنه خير علاج للخلاف الناتج عن تطبيق مبدأ حرية المعتقد وتعدد المذاهب والآراء وحق الأفراد

الإجماع يضع حداً لاختلاف المذاهب والآراء ويلزم القضاة بتوحيد أحكامهم.

في اختيار المذهب أو الرأي الذي يلتزمون به أو قيام كل منهم مباشرة باستنباط الحكم العملي الذي قد يستنبطونه منفردين بأنفسهم أو اجتهداهم الشخصى بالرجوع إلى النصوص القرآنية أو السنة النبوية؛ أو المذهب الذي يختارونه.

هناك مبدأ أساسى في الإسلام هو أن كل فرد مسئول عن الالتزام بالأحكام الشرعية فهو يلتزم باستباطها بنفسه مباشرة في حدود استطاعته، وإذا عجز فإنه يلتزم باختيار المذهب أو الرأي الذي "يقلده" مما يجده في المذاهب المتعددة المعترف بها أو الفتاوى التي تعطى له ممن يثق في علمهم ونزاهتهم من العلماء.

لكن هذا المبدأ الأساسى - إذا أخذ على إطلاقه دون حدود - قد يترتب عليه الفوضى والتراعات في المجتمع وخاصة أمام القضاء؛ فإذا تنازع شخصان أو زوجان مثلاً في أمر من الأمور فقد يجد القاضى نفسه محرجاً إذا قال أحد الطرفين أو أحد الزوجين أنه ملتزم بمذهب معين يختلف فيه الحكم عن المذهب الذي يلتزم به الطرف الآخر ... فأى المذهبين يلتزم القاضى بتطبيقه ؟

قال البعض في هذه الحالة إن القاضى يحكم بمذهبه هو لا بمذهب أحد الأطراف المتخاصمة، فمن يلجأ للقاضى إنما يطلب منه الحكم بالمذهب الذى التزم به القاضى لا المذهب الذى اختاره الخصوم أو أحدهم.

لقد جرى العمل في مصر في فترة من الفترات أنه كان يجلس للقضاء في المسجد أربعة قضاة - أحدهم حنفى والثاني شافعى والثالث مالكي والرابع حنبلى ... وكل من هؤلاء القضاة يحكم بمذهبه متى لجأ إليه الخصوم أو أحدهم؛ وهنا يمكن التساؤل عما يحدث إذا لجأ أحد الخصوم إلى القاضى الشافعى ولجأ الطرف الآخر إلى القاضى الحنفى - وصدر من القضاة حكمان مختلفان أو متناقضان.

إننا نرى أنفسنا في هذه الحالة أمام حكمين صحيحين شرعاً ولكنهما متناقضان مضموناً، فأيهما ينفذ؟ هذه هي الحالة التى تسمى في القوانين العصرية بتنازع القوانين أو الأحكام القضائية، أى تعارض الأحكام وتنازعها - وفيها يتبين أن اختلاف القضاة وتعدد مذاهبهم وآرائهم؛ بل وتناقض أحكامهم قد لا يقل خطورة على نظام الجماعة ووحدة المجتمع وتضامنه؛ عن اختلاف مذاهب الأفراد وتعارض آرائهم ومصالحهم.

النظام العام للجماعة هو ما تقرره الأغلبية - والإجماع النسبي هو شورى ملزمة:

لذلك فإن النظام العام في الجماعة يوجب عليها أن تتدخل لمعالجة هذه المشكلات إذا حدثت (بل وقبل أن تحدث) بوضع قاعدة للفصل في هذا النزاع بين المذاهب أو بين الأحكام القضائية .

لاشك في أن الأوجب هو وضع القواعد التي تمنع حدوثها؛ وذلك بأن تختار الجماعة أو الشعب مقدما مذهبا واحدا أو رأيا واحدا وتقننه ليطبقه القضاء على الجميع؛ وهذا الاختيار يصدر به تقنين شرعي مثل تقنيات الأحوال الشخصية في مصر، فهي تقنيات شرعية وليست قانونا وضعيا. واختيار الجماعة لمذهب معين أو رأى معين قد شرع له الإسلام الإجماع، أى اتفاق الجماعة مقدما (بالأغلبية) على المذهب أو الحكم الذي يلتزم به جميع أفرادها أو المقيمين على أرضها منعا للنزاع والفوضى .

وكل فرد من أفراد الجماعة يلتزم مقدما بما تقرره الجماعة بإجماعها في التقنين الشرعي الذي يصدر بالشورى الحرة الملزمة؛ ومن هنا نصل إلى أن الإجماع الناقص أو النسبي هو الشورى الملزمة أو أنه مكمل ضرورى لها على الأقل .

* * *

إن البعض يظن أن المقصود بالإجماع هو فقط اتفاق جميع أفراد المجتمع أو الأمة أو الشعب أو الجماعة على هذا الاختيار، وهذا أمر قد يكون مستحيلا لأن كل فرد يستطيع بذلك أن يعترض على الحكم إذا وجد أو ظن أن هناك مذهبا آخر فيه الحكم أقرب لهواه أو مصلحته أو رأيه؛ وقد ينفرد برأيه ويدعى أن الإجماع لن يتم بدون موافقته، أى أن كل فرد يصبح له الحق في أن يدعى لنفسه حق "الفيتو" على ما "يجمع" عليه جمهور الأمة أو الجماعة أو الشعب - وهذا هو السبب في قول البعض إن الإجماع بالصورة الكاملة هو أمر مستحيل ولم يتحقق عملا .

وسبب الاستحالة أن كلمة الإجماع تشير في نظر البعض إلى الاتفاق الجماعي على حكم واحد - لكن الأصل اللغوي هو أن الإجماع يعنى العزم والتصميم وذلك استنادا إلى قوله تعالى: ﴿فَأَجْمِعُوا كَيْدَكُمْ ثُمَّ آتُوا صَفَا﴾ [طه: ٦٤] . - فالإجماع يعنى توافق إرادة الجماعة على نظام عام يستلزم تنفيذ حكم أو رأى واحد على الجميع سواء كان إصداره بإجماع الآراء أو تم بالأغلبية بعد الشورى ولا تقوم جماعة إلا بوجود نظام عام ملزم لجميع من ينتمون إليها أو يقيمون على أرضها ويكفى أن تقر الأغلبية بالشورى هذا النظام .

الانتماء للجماعة يلزم الجميع بقرار الجمهور أو الأغلبية بحسبانه

إجماعاً يلزم القضاة والأفراد جميعاً :

إن نظام الجماعة لا يستقر إلا إذا كان كل فرد فيها يلتزم بمجرد انتمائه إليها أو إقامته على أرضها بأن ينفذ ما تقرره "أغلبية" الجماعة من تقنيات حتى ولو كان هو أو أقلية معه لهم رأى مخالف أو مصلحة مخالفة - لأن النظام العام في المجتمع يوجب أن ينفذ الجميع ما تراه الأغلبية بالشورى الحرة .

وهذه هي ميزة الشورى؛ فإنما تعطى لكل فرد حريته في إبداء رأيه ومناقشة جميع الآراء في فترة "التشاور" ومقابل ذلك يلتزم هذا الفرد بتنفيذ ما تقرره الأغلبية وهذا هو ما يمكن وصفه بأنه الإجماع أى العزم على تنفيذ قرار الشورى على الجميع مهما تكن اختلافاتهم في مرحلة التشاور قبل القرار .

* * *

لهذا السبب فإننى وصلت في كتابي "فقه الشورى" إلى أن الإجماع - لغة وفقها - هو عزم جميع أفراد الجماعة والتزامهم جميعاً مقدماً بتنفيذ ما تقرره الجماعة بالأغلبية من قرارات أو تقنيات، وهذا الالتزام مستمد من انتمائهم للجماعة ونظامها العام أو الإقامة على أرضها . فالإجماع التزام سابق على التشاور وهو حتمي مفترض بمجرد الانتماء للجماعة - فمن ينتمى لجماعة أو أمة أو شعب يعلم مقدماً أنه لا يستطيع أن يسير برأيه وحده أو برأى أقلية من هذا الشعب، وإنما يلتزم الجميع برأى الأغلبية "الجمهور" - وهذا الالتزام هو ما نسميه بالإجماع - سواء كان الحكم الذى اختاره الجمهور سنده من نصوص الكتاب أو السنة، أو التفسير الراجح لديه لهذه النصوص، أو كان السند سنة قولية أو عملية، أو مجرد اجتهاد صادر من أئمة أحد المذاهب الموروثة أو حتى اجتهاد مستحدث في واقعة لاحكم لها في الكتاب أو السنة أو المذاهب المعترف بها، وتوصل أهل الاجتهاد أو أهل الإجماع إلى استنباط حكم مستحدث يواجه هذه الحالة . يتفرع عن هذا النظر نتائج كثيرة تعرضنا لها في كتابنا عن "الشورى والإجماع" وهو الجزء الثانى من "فقه الشورى" في طبعته الثالثة المتعددة الأجزاء - وقد صدر قبله الجزء الأول في "الشورى أعلى مراتب الديمقراطية" (1)

والذى يهمنا الآن أن الإجماع هو مفتاح الطريق الذى رسمته الشريعة لتوحيد القضاء وأنه هو الذى يمكن أن يصدر التقنيات الشرعية ويلزم الجميع بقرار الشورى الحرة وبين الأحكام التى ترى الجماعة إلزام القضاة بها حتى لا تختلف مذاهبهم وآراؤهم بصورة تؤدى إلى الفوضى التى تهدد نظام الجماعة واستقرارها .

(1) طبعته دار الزهراء عام ١٩٩٨ م .

الفرع الرابع القياس

١٣٥- تعريف القياس : القياس هو إلحاق مالا نص فيه بما فيه نص في الحكم الشرعي المنصوص عليه لاشتراكهما في علة هذا الحكم . عوذه

- ويؤخذ من هذا التعريف أن للقياس أربعة أركان :
- ١ - المقيس عليه : وهو الأمر الذي ورد النص ببيان حكمه ويسمى الأصل .
 - ٢ - المقيس : وهو الأمر الذي لم يرد نص بحكمه، ويراد معرفة حكمه ويسمى الفرع .
 - ٣ - الحكم : وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الأصل، ويراد الحكم به على الفرع .
 - ٤ - العلة : وهي الوصف الذي شرع الحكم في الأصل لأجله وتحقق في الفرع (١) .

١٣٦- قلل القياس ممكن في جميع الأحكام ؟ : اختلف الفقهاء ١٠٢- في جواز إجراء القياس في جميع الأحكام الشرعية، فوأت قلة أنه جائز لأن جميع الأحكام الشرعية من جنس واحد، وتدخل تحت حد واحد هو حد الحكم الشرعي وتشترك فيه، وقد جاز

تعليق "رقم-١٠٢-": يعتمد فقهاء المذهب الجعفري على القياس بجميع أقسامه ما لم يوجب القطع بالحكم الشرعي، لعدم دليل معتبر على حجته، ولا يصح الاعتماد على دليل غير علمي ما لم يقدّم دليل معتبر على اعتباره، مضافاً إلى ما مر عليك قريباً من الآيات المباركة الناهية عن العمل بالظن مثل قوله سبحانه وتعالى في سورة الأنعام ١١٦، وفي سورة يونس ٦٦، «إِنَّ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنْ هُمْ إِلَّا يَخْرُصُونَ» مضافاً إلى الأدلة المانعة عن العمل بغير العلم والأخبار الكثيرة الواردة عن أئمة أهل البيت عليهم السلام الناهية عن القياس والمانعة من العمل به والاعتماد عليه.

أما القياس الذي يوجب القطع بالحكم فمن البديهي صحة الاعتماد عليه، لأن القطع حجته ذاتية بمعنى أنه حجة دائماً من أي سبب حصل ولا تنفع الأدلة المانعة من القياس من العمل بالعلم الحاصل من القياس لأن الاعتماد على العلم لا على القياس .

أما الدليل المشتبه على العلة فيأخذ فقهاء المذهب الجعفري بعموم العلة، ويكون الدليل المعلن دليلاً في كل واقعة تتحقق فيها العلة المذكورة. ودليلهم على ذلك هو الدليل الدال على حجية الرواية ولزوم الاعتماد على ظاهرها فإنما ظاهرة عرفاً في شمول الحكم لجميع الموارد التي تكون مصداقاً للعلة .

ولا فرق فيما ذكرناه بين جميع الأحكام الشرعية ولا اختصاص له بالجرائم والعقوبات التي هي محل الكلام .

(١) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاص ص ٤٢ .

عوده على بعضها أن يكون ثابتا بالقياس، وما جاز على بعض المتماثلات كان جائزا على بعضها الآخر. ورأى جمهور الفقهاء أن القياس لا يجوز إجراؤه بصفة عامة في كل الأحكام الشرعية ولو أنها تدخل تحت حد واحد، لأنها متنوعة ومتميزة بأمور موجبة للتنوع والتمايز؛ ولا مانع من أن يكون ما جاز على بعضها وثبت له قد جاز بحسبان خصوصيته وتعيينه لا بحساباته حكما شرعيا مجردا. وعند هؤلاء أن القياس في كل الأحكام ممتنع لسببين:

أولهما: أنه يفضي إلى أمر ممتنع فكان ممتنعا؛ لأن كل قياس لابد له من أصل يستند إليه، فلو كان كل حكم يثبت بالقياس لكان حكم أصل القياس ثابتا بالقياس، وكذلك حكم أصل أصله، وإذا تسلسل الأمر إلى غير نهاية امتنع وجود قياس ما؛ لتوقفه على أصول لا نهاية لها.

وثانيهما: أن من الأحكام ما يثبت غير معقول المعنى كتحديد جلد الزاني غير المخصن بمائة جلدة، وقاذفات المخصنات بثمانين، وما كان كذلك فإجراء القياس فيه متعذر؛ لأن القياس يقوم على تعدية علة الأصل للفرع، فما لا يعقل له علة يمتنع إثباته بالقياس^(١).

١٣٧- القياس في الجرائم والعقوبات: واختلف الذين لا يميزون القياس في كل الأحكام في جواز القياس في الجرائم والعقوبات، فقال بعضهم إنه جائز، وقال بعضهم إنه غير جائز، ولكل حججه.

والقائلون بجواز القياس لهم حجتان:

الأولى: أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر القياس حين سأل معاذا بم تقضي؟ قال أقتضى بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله، فإن لم أجد أجتهد رأيي، فأقره الرسول على قوله: أجتهد رأيي، وهو تعبير مطلق لا تفصيل فيه، فدل ذلك على جواز القياس-١٠٣- في الجرائم والعقوبات.

الصير تعليق "رقم-١٠٣-": مر عليك قريبا ضعف هذه الرواية وإرسالها ومعارضتها بغيرها وتصريح الخورقاني كونهما في الموضوعات، كما مر آنفا إمكان تأويلها. ولو سلمنا دلالتها وستندها فهي على اعتبار القياس بعمومه فتعارض ما دل على الردع عن أعمال الرأي فلا يصح الاعتماد عليها ولا يكون مصححا للعمل بالقياس، لأنه إما أن يدعى اتحاد مورد الدليلين فلا يصح الاستناد إلى كل منهما لتساقطهما بالمعارضة، وإما مع دعوى أن مورد الأخبار الناهية قسم من الرأي. ولما لم يعلم أن القياس الظني هل هو من الرأي الذي هو حجة ويصح الاعتماد عليه أم من الرأي المنهي عنه، فلا تكون الرواية دليلا على حجته مع أن الرواية مختصة بمعاذ، وبالقضاء فلا يجوز الاستدلال بما في غير موردها إلا مع القطع بعدم الفرق. وكيف لنا بالقطع يا ترى.

(١) الإحكام في أصول الأحكام للأمدى ج ٤ ص ٨٩ وما بعدها.

عوده

الثانية : أن الصحابة لما اشتوروا في حد شارب الخمر قال على رضي الله عنه إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افتري، فحدوه حد المفتري. فقياس حد الشارب على حد المفتري-١٠٤-، ولم ينقل عن أحد من الصحابة نكير فكان إجماعاً.

والقائلون بعدم جواز القياس يحتجون بثلاث حجج :

الأولى : أن الحدود والكفارات من الأمور المقدرة التي لا يمكن أن تعقل المعنى الموجب لتقديرها-١٠٥- . والقياس أساسه تعقل علة حكم الأصل، فما لا يعقل له من الأحكام علة فالقياس فيه متعذر .

الصدر

تعليق "رقم-١٠٤-" : لا يمكن الاستناد إلى هذه الرواية لإثبات القياس لعدم ثبوت اعتبار الرواية أولاً . ولأن القياس إنما يحتاج إليه الجاهل بالحكم وهو (ع) عالم بجميع علل الأحكام وملاكاتها، وكيف لا يكون علماً بجميع ذلك وهو القائل : علمني رسول الله (ص) ألف باب من العلم يفتح لي من كل باب ألف باب ؟ وكيف يحمل كلامه على القياس وهو أشد الناس نقمة على القياس وإنكاراً له ؟! أليس هو القائل كما في كتاب الآمدى في الأحكام جـ ٣ ص ٨٣ إنكاراً على القياس : لو كان الدين بالقياس لكان المسح على باطن الخف أولى من ظاهره، فحكمه عليه السلام تقدير صحة الرواية مبني على علمه (ع) باتحاد حكم السكران والمفتري، وأن حكم الفعل الذي يؤدي إلى الافتراء حكم الافتراء نفسه، فالحديث أجني عن القياس، ولو سلم ظهور الرواية بالقياس فلا بد من رفع اليد عن هذا الظهور لما مر قريباً من عدم احتياجه إلى القياس وإنكاره له؛ ولو سلمت دلالة الرواية وسندها، فإن قوله (ع) حجة ولا يحتاج إلى إثبات حججه بدعوى إجماع الصحابة على قوله .

الصدر

تعليق "رقم-١٠٥-" : إذا أمكن للعقل معرفة المعنى الموجب ليقية الأحكام فإنه يمكنه تعقل المعنى الموجب لتقديرها فلا فرق بين الجرائم والعقوبات وغيرها من الأحكام . فإذا صح للقائل بالقياس أن يقيس غير الصغيرة البكر، وغير البكر إذا كانت صغيرة، وغير الصغيرة إذا كانت مجسنة بالبكر الصغيرة التي وردت الرواية ومنعت من أن يزوجها إلا وليها، صح أن يقيس الأمة على الزوجة، وصوم غير رمضان على صوم رمضان في وجوب الكفارة، فإن الدليل وإن ورد فيمن أتى أهله في شهر رمضان ولكن بالقياس يرى الحكم إلى غير الأهل وغير رمضان، كما يمكن أن يحكم بعدم وجوب إقامة حد الزنا على من وطئ جارية ابنه قياساً على عدم قطع يد الأب إذا سرق من مال ولده.

عوده الثانية: أن الحدود عقوبات وكذلك الكفارات فيها شائبة العقوبة، والقياس مما يدخله احتمال الخطأ، واحتمال الخطأ شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات-١٠٦- لقوله عليه الصلاة والسلام: (ادرعوا الحدود بالشبهات).

والثالثة: أن الشارع قد أوجب حد القطع بالسرقه، ولم يوجبه بمكاتبه الكفارة مع أنه أولى بالقطع، وأوجب الكفارة بالظهار لكونه منكرا وزورا، ولم يوجبه في الردة مع أنها أشد من النكر وقول الزور. فحيث لم يوجب ذلك فيما هو أولى، فهو دليل على امتناع جريان القياس فيه (١)-١٠٧-

وقد تكون حجج هذا الرأي من القوة-١٠٨- بحيث ترجحه على الرأي الأول خصوصا إذا لاحظنا أن تقرير حد القاذف لم يكن نتيجة القياس، وإنما كان تقريره نتيجة للإجماع عليه-١٠٩-، ولا عبرة بالاستدلال عليه بطريق القياس؛ لأن القياس لم يجعله تشريعا ملزما، وإنما الذي جعله كذلك هو الإجماع عليه.

المصدر تعليق "رقم-١٠٦-": لو تم هذا البرهان لأفاد عدم إمكان إثبات الحدود والكفارات بالقياس لعدم إمكان تحديد مقدارها أو نفيها بالقياس فهو أخص من محل الكلام.

المصدر تعليق "رقم-١٠٧-": إذا منع هذا من جريان القياس في الحدود فيمنع من إحراله في العبادات أيضا لأن الصلاة أهم من الصوم مع أنه يجب على الخائض إعادة الصوم دون الصلاة.

المصدر تعليق "رقم-١٠٨-": عرفت أننا ضعف حجج كلا القولين.

المصدر تعليق "رقم-١٠٩-": إن المستدل بهذه الرواية يدعى أن المجيعين استندوا إلى هذه الرواية التي استند فيها الإمام للقياس، فإجماعهم إمضاء منهم للقياس في المقام فلا يرد عليه ما ذكره المصنف ولكن يرد عليه ما ذكرناه أننا من عدم دلالة الرواية على القياس وعدم احتياجه (ع) للاستدلال به.

الشأوى رأينا في "التعليقات من-١٠٢- إلى-١٠٩-": يبدأ بإنكار حجية القياس، ثم ينتهي بأن القياس يشمل جميع الأحكام الشرعية - طالما كان أساسه وحدة العلة - التي توجب الحكم القطعي لا مجرد الظن، ويتخذ رأى قبيها بأن جمهور فقهاء السنة يرجع أن القياس لا يجوز إحراؤه بصفة عامة، وتوسع في بيان حجج الرأيين، ونحن لا نكتفي بجواز القياس بل نرى التوسع فيه، ورجح رأى القائلين بعدم جواز القياس في العقوبات المقررة بنصوص شرعية. وهذا هو ما نوافقه عليه لأن النصوص الخاصة بالعقوبات المقررة هي أحكام استثنائية لا يجوز التوسع فيها - ولأن باب التعزير مفتوح دون حاجة للتوسع في العقوبات المقررة حدا أو قصاصا. لكننا نرى أن التعزير هو قياس في نطاق النظريات التشريعية أو المبادئ المستفادة من النصوص - التي تحرم أفعالا معينة حماية لحق معين - فيكون كل عدوان على هذا الحق مستوجبا للتعزير.

(١) الإحكام في أصول الأحكام للامدلى ج ٤ ص ٨٢ وما بعدها.

عوده على أنه يجب أن نعرف أن القياس في العقوبات يقتضى قبل كل شيء القياس في الجرائم، وأن القانونين يجوّز القياس في الجرائم، لا يؤدى قولهم إلى الإتيان بأحكام جديدة، أو خلق جرائم جديدة، وإنما يؤدى قولهم إلى توسيع الدائرة التي تنطبق فيها النصوص. فالقياس في الجرائم والعقوبات إذن ليس مصدراً تشريعياً، وإنما هو مصدر تفسيري يساعد على تعيين الأفعال التي تدخل تحت النص، فإذا حرم النص صورة معينة لعلّة ما ألحق بها القياس كل الصور المماثلة التي تتوافر فيها علّة التحريم، كإلحاق اللواط بالزنا، وإلحاق القتل بالقتل بالحدود، وإلحاق المسكر بالخمور عند البعض، وإلحاق القبر بالمسكن وغيره من الأمكنة المعدة لحفظ المال بحيث يعد أخذ الكفن سارقاً وهكذا. ولا ضير من الأخذ بهذا الرأي الذي تأخذ به المحاكم اليوم إلى حد كبير وينادى بالتوسع في تطبيقه علماء القانون وشراحه.

١٣٨ - القياس في الإجراءات: ويسلم الفقهاء -١١٠- بالقياس في الإجراءات الجنائية، بل يسلمون بالقياس وبغيره من المصادر الأخرى التي لا يعرفون بها مصادر تشريعية جائية، كالعرف -١١١-، ومذهب الصحابي -١١٢-. فمثلاً يرى البعض أن يكون الإقرار في السرقة مرتين قياساً -١١٣- على اشتراط الأقارير الأربعة في الزنا، ومن لا يسلم بهذا يرى أن الحكم خاص بالزنا فقط فلا يقاس عليه. ويرى البعض جواز شهادة

الصدر تعليق "رقم -١١٠-": عدا فقهاء المذهب الجعفري فإنهم لا يعتمدون على القياس في جميع الأحكام ما لم يوجب القطع بالحكم الشرعي أو بكيفية امتثاله خارجاً

الصدر تعليق "رقم -١١١-": لا يرى فقهاء المذهب الجعفري العرف من أدلة الأحكام الشرعية ولا في كفية تطبيق الأحكام الجنائية وإنما يعتمدون على العرف في فهم الأدلة الشرعية ومعرفة المراد منهم

الصدر تعليق "رقم -١١٢-": أى القول أو السلوك الذي يأخذ به الصحابي ويتقيد به من دون أن يعرف له مستند، ولا يعتمد على ذلك فقهاء المذهب الجعفري لعدم قيام دليل على لزوم الأخذ بما يذهب إليه كل صحابي، كما لم يثبت لديهم اجتihad الصحابة وعدالتهم فضلاً عن عصمتهم، ولو ثبت اجتihadهم وعدالتهم فلا يكون رأى أحدهم حجة على بقية المجتهدين ولا على العوام إلا أن يرجع إليهم في التقليد. نعم يعتمد الشيعة على ما ذهب إليه من ثبتت عصمتهم من الصحابة وهم أمير المؤمنين على عليه السلام وسيدة نساء العالمين فاطمة الزهراء والحسن والحسين (ع) سيّد شباب أهل الجنة.

الصدر تعليق "رقم -١١٣-": إن فقهاء المذهب الجعفري وإن كان الرأي السائد بينهم هو ذلك إلا أنهم لم يستندوا للقياس بل استندوا إلى سيرة أمير المؤمنين (ع)، فلقد روى أن سارقاً أقرّ عنده بالسرقة فنهره (ع) فأقرّ ثانية فقال (ع) أقررت به مرتين فقطع.

عزده النساء في الجرائم قياساً-١١٤- على جواز شهادتين في المسائل المدنية، وبمجموع على الحفر للمرجوم-١١٥-، وهو مذهب على، ويشترط أبو حنيفة وأصحابه وجود رائحة الخمر-١١٦- مع شهادة الشهود في إثبات جريمة الشرب وهو مذهب عبد الله بن مسعود.

الصدر تعليق "رقم-١١٤-": الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري أن شهادة النساء لا تؤثر في إقامة الحدود الشرعية إلا في الزنا، ولم يستدوا في ذلك للقياس بل لما روى عن أئمة أهل البيت (ع). ففي الخبر المعتبر الذي يرويه الحلبي أنه سئل الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) عن رجل فجر بامرأة فشهد عليه ثلاثة رجال وامرأتان وجب عليه الرجم، وإن شهد عليه رجلان وأربع نسوة فلا تجوز شهادتهم ولا يرحم ولكن يضرب حد الزاني. نعم ثبت شهادتُن منضمة إلى شهادة الرجال.

الصدر تعليق "رقم-١١٥-": الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري لزوم الحفر للمرجوم استناداً إلى أخبار معتبرة.

وأما بقية فقهاء المسلمين فقد اختلفوا في ذلك كما يرشدنا إلى ذلك ما ذكره ابن رشد في الجزء الثاني من كتابه بداية المجتهد ص ٤٣٧، حيث قال: فمن مشهور المسائل الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في الحفر للمرجوم فقالت طائفة بحفر له، وروى ذلك عن على في شراحة الهمدانية حيث أمر برجمها، وبه قال أبو ثور، إلى أن قال: وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير في ذلك الشافعي ونقل عنه يحفر للمرأة فقط.

الصدر تعليق "رقم-١١٦-": لم أجد من اشترط من الفقهاء وجود رائحة الخمر، وإنما الخلاف بين فقهاء أهل السنة في ثبوت الحد بالرائحة وعدم ثبوته، والذي ينقله ابن رشد في كتابه هداية المجتهد عن أبي حنيفة هو عدم الاكتفاء بالرائحة.

أما فقهاء المذهب الجعفري فلا يكتفون بالرائحة لاحتمال جهل شاربها بكون ما شربه خمرًا أو كان مضطراً إلى شربها أو أكرهه على ذلك، كما لم يشترطوا في ثبوت الحد إذا ثبت شرب الخمر بالبيئة أو بالإقرار وجود رائحة الخمر.

الشافعي رأينا في "التعليقات من أرقام-١١٠- إلى-١١٦-": يذكر أمثلة من آراء فقهاء الجعفرية يستدل بها على عدم جواز القياس وعدم قبول العرف أو رأي الصحابة (عدا المعصومين من أهل البيت) وأنهم يلتزمون بالأخبار المعتبرة. ونحن لا نعتقد أنها تغني عن القياس، بل لا تغني عن التوسع فيه.

التعريف الذى أورده يضيق في نطاق القياس؛ وكنا نود لو أنه انتهز هذه الفرصة لبيان دوره في عملية التنظير.

إننا الآن في مرحلة لا بد فيها من استنباط نظريات عامة ولم يعد يكفى استنباط أحكام فرعية؛ وهذه هي مرحلة التنظير، وأساسها في نظرنا هو التوسع في مبدأ القياس من أجل تقنين التعازير.

فلم يعد يكفى في نظرنا قياس حكم فرعى فيما لانص فيه على حكم فرعى آخر فيه نص شرعى؛ بل يجب أن يكون القياس على درجتين:

الأولى: بناء نظرية عامة مستمدة من علل الأحكام ومقاصد الشريعة ومبادئها العامة - أو استنباطها من نص قرآنى أو حديث نبوى أو عدة نصوص تحمى حقاً معيناً من العدوان.

والثانية: هي الاستفادة من هذه النظرية في استنباط أحكام فرعية عديدة للتعزير على أنواع أخرى من العدوان على هذا الحق قياساً - والقياس هنا هو إعمال لعلل الأحكام التى هي مقاصد الشريعة ومبادئها العليا وأصولها الإلهية التى يشير إليها بأنها علة الحكم الذى ورد به النص (في رقم 4).

* * *

لقد اكتفى بالإشارة إلى وجود اتجاهين في الفقه - أحدهما يضيق في نطاق القياس والآخر يوسع فيه - ولم يقدم لنا رأيه في الاختيار بينهما؛ ونحن نرى من واجبنا أن نقول إن مرحلة التنظير التى نحن في حاجة إليها حالياً ومستقبلاً توجب اعتماد الرأى الذى يوسع في نطاق القياس في الأفعال التى تستحق التعزير رغم أنه يتسبب إلى جهور الفقهاء القول بتحديد نطاق القياس.

وبذلك نصل إلى القول بأن جميع النصوص القرآنية هي أصول لنظريات عامة؛ وإذا لم نستبط حتى الآن إلا عدداً محدوداً منها فإن المستقبل كفيل بمواصله الاستنباط لتكون علة كل من هذه النصوص منبعا خصبا يساعدنا في الوصول إلى مبادئ ونظريات نستبط منها أحكاماً مستحدثة نواجه بها ما يجد في المستقبل من قضايا ومشاكل ناتجة عن تطورات المجتمعات الإنسانية وتغير ظروفها وشمو حضارتها.

يسرنا أنه استعمل تعبير "الاجتهاد" في (حديث معاذ) كمرادف للقياس؛ وهذه إشارة منه إلى تأييده لما نقوله من ضرورة التوسع في القياس ليشمل جميع صور الاجتهاد ثم مواصلة الاجتهاد لبناء نظريات تشريعية .

وما أشار إليه من أن من يعارضون هذا التوسع يحتاجون بعدم جواز التوسع في عقوبات "الحدود"، فإننا نوافق على أنه لا يجوز التوسع في عقوبات الحدود بل يجب التضييق فيها بناء على مبدأ درء الحدود بالشبهات - لكن هذا في نظرنا ليس إلا استثناء يؤكد القاعدة ولا ينفىها ... وهي أن الاجتهاد أو القياس بمعناه الواسع هو المصدر الشرعي لتقنين "التعازير" - لحماية الحقوق التي نص المشرع على عقاب العدوان عليها بالعقوبات المقررة .

وقد سبق أن قلنا إننا نعارض القول بأن تصل التعازير إلى عقوبة مماثلة للحد - كما أن ما ذهب إليه بعض الأئمة من جواز إضافة التعزير إلى الحد، المقصود به هو تدابير الوقاية التي تدخل في نطاق التعزير لأن الحد هو الحد الأقصى للعقوبة المقررة الواجب الحكم بها في بعض الجرائم عندما يتوافر فيها ظرف مشدد .

وإذا كان فقهاؤنا قد ذكروا أمثلة لتدابير يجب أن تضاف إلى العقوبة الحدية مثل "التقريب" أو الإبعاد عن مكان وقوع الفاحشة، فإننا نرى أن ذلك النوع من الإجراءات يمكن عدّه من التدابير الوقائية لمنع تكرار جريمة الرّثا أو عودة المحرم إليها، وقد بينا أن التعازير تتسع لما يسمى الآن بتدابير الوقاية في العصر الحديث .

* * *

إذا كنا نؤيد التوسع في القياس في نطاق التعازير التي تتسع لإجراءات الوقاية، فإننا نرى أن ضرورة التوسع أكبر وأولى في نطاق الإجراءات، وخاصة في الإثبات ... سواء فيما يتعلق باشتراط تعدد الإقرار أو شهادة النساء بل والأطفال والقرائن الدالة على الجريمة، مثل رائحة الخمر، شرط أن تكون خاضعة كلها لتقدير القاضي واقتناعه طبقاً لمبدأ الأدلة الإقناعية ... وفي عصرنا يستعمل تحليل الدم لثبوت حالة السكر - وهذا مانفهمه مما قاله الإمام ابن القيم من أن كل ما يوصل إلى الحقيقة من أدلة الإثبات فهو شرع الله. ولا يقيد الإثبات بدليل معين إلا بنص شرعي استثنائي وفي حدود هذا النص الاستثنائي وحده، وهذا فيما يتعلق بالحدود والقصاص فقط فلا يجوز التوسع في أدلتها لأن الشارع قصد تضييق نطاق عقوباتها المقررة .

المبحث الثالث

تفسير الأحكام الجنائية (أى النصوص الجنائية)

١٣٩ - سلطة القاضي فى تفسير النصوص : للقاضى وهو يطبق النصوص أن يفسرها-١١٧- إذا وجد غموضا أو خفاء فى دلالتها أو تضاربا بين عباراتها. وقد وضع الفقهاء قواعد للتفسير تطبق وتراعى فى فهم الأحكام من النصوص، وبعض هذه القواعد لغوية وبعضها تشريعية .

الشرع الأول

فى القواعد اللغوية الموضوعة للتفسير

١٤٠ - كيف استنبطت هذه القواعد : استنبط علماء الأصول هذه القواعد من استقراء الألفاظ والعبارات والأساليب العربية، ودلالة كل ذلك على معناه المعروف لغويا-١١٨-، فقد بحث العلماء دلالات الألفاظ والعبارات وما فيها من وضوح أو غموض؛ لأن بعضها يكون واضحا وبعضها يكون غامضا، ثم بحث اللفظ من حيث اشتراكه فى أكثر من معنى، ومن حيث عمومته وشموله لكل أفرادها، ومن حيث خصوصه وانطاقه على بعض الأفراد دون البعض. فقواعد التفسير اللغوية-١١٩- يقتضى العلم أن ندرس "أولا" دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها، "ثانيا" وضوح الدلالات وغموضها، "ثالثا" اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها. وقد وضعت قواعد التفسير أصلا لتطبق فى فهم معانى النصوص الشرعية، ولكنها فى الواقع تطبق أيضا فى معانى أى نص غير شرعى مادام مصوغا فى لغة عربية .

تعليق "رقم-١١٧-": إذا كان مجتهدا، وإن لم يكن مجتهدا فإن عليه أن يأخذ تفسيرها من أحد المجتهدين إلا إذا عين رئيس الدولة أحد المجتهدين أن يأخذ برأيه. فإنه يعين على القاضى الأخذ برأيه.

تعليق "رقم-١١٨-": المستعمل عند العرف، ولا يعتمد على المعنى اللغوى إذا لم يكن مما يتفاهم فيه عرفا.

تعليق "رقم-١١٩-": العرفية كما مر آنفا.

رأينا فى "التعليقات-١١٧- - -١١٩-": ذهب السيد الصدر إلى أن المجتهدين وحدهم لهم حق تفسير النصوص، ونحن نرى أن كل من يطبق النصوص الجنائية يلتزم بتفسيرها، فى حدود قدرته وعلمه - كل ما هبناك أن المقلد يلتزم برأى مجتهدى المذهب الذى يقلده أو الذى تختاره الأمة أو الجماعة بالشورى. فاختيار المذهب يكون للأمة أو الشعب أو الجماعة بالشورى، أما رئاسة الدولة فلا تعطى الحق فى التدخل فى التشريع أو الفقه إلا لتنفيذه والالتزام به. ويلاحظ أن قضائنا أصبحوا مقلدين حاليا كالأفراد - لكن القضاء كله كمؤسسة ترأسها المحكمة العليا تعد من أهل الاجتهاد وتشارك فيه. وإشارته إلى مراعاة العرف تستحق التأييد.

تعريف التفسير عندنا هو الفهم الكامل للنص لاستخلاص ما يتضمنه من أوامر ونواه، ومن شروط قيود على تطبيقه؛ وإذا كان قد تكلم عن "سلطة القاضي في التفسير"، فإن القاضي إنما يتولى ذلك بحكم واجبه في تطبيق النص المنشئ للجرمة والمبين لأركانها وشروطها واتخذ للعقوبة؛ ولاشك في أن الفقهاء والعلماء يشاركون في عملية التفسير سواء بحسبانهم "شراحا" أو مجتهدين يستنبطون الأحكام - لكن من المؤكد أن القضاء هو المكلف بتطبيق النصوص الجنائية والحكم بالعقوبات، بل وتدابير الوقاية التي تدخل في نطاق التعازير.

صحيح أننا نرى أن كل فرد مكلف مطلوب منه الالتزام بالنصوص وعليه أن يفهمها ويفسرها بقدر استطاعته حتى يلتزم هو بها، وفي نظرنا أن أقصى ما يصل إليه كل مكلف هو ما يكفي لالتزامه شخصيا بأحكام الشريعة؛ ولكن لا نعتقد أن ذلك يعطى له الحق في الحكم على أعمال الغير بأن ينصب نفسه للإفتاء أو القضاء على أفعال غيره أو أقاربه؛ بل عليه أن يرفع الأمر للقضاء في المسائل الجنائية؛ ولذلك نتيجة سنعرضها عند تعليقنا على ما يسميه "الإهدار" حيث نرى أنه لا توجد حالات تغضى القاتل من المسؤولية عن القتل بحجة أن الجنى عليه مهتر الدم - كل ما هنالك أن هذا قد يعد من الشبهات التي توجب استبعاد عقوبة القصاص⁽¹⁾...

ولكن كل مكلف لابد أن يكون قادرا على فهم النصوص التكليفية التي تأمره بأفعال معينة أو تحرم عليه أفعالا أخرى. ولابد أن يتعلم كل فرد ليكون لديه القدر الكافي من العلم لفهم النصوص والالتزام بها، ولذلك فإن العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة . في نظرنا أن تفسير النصوص الشرعية هو أولى درجات الاجتهاد وأولى مراحلها؛ وفي نطاقه توجد درجات متفاوتة يشترك المكلف العادي في أدنى هذه الدرجات؛ فهو ملتزم بالتعلم والعلم بالقدر الضروري لكي يفهم النصوص التكليفية ويلتزم بها؛ وفوق ذلك توجد درجات أعلى من العلم والفهم والاجتهاد .

والفرق بين اجتهادات العامة وغيرهم من العلماء والفقهاء والمجتهدين، هو أنهم يجتهدون لأنفسهم ليؤدوا ما توجبه عليهم النصوص ويمتنعوا عما تحرمه عليهم؛ أما غيرهم من أهل العلم فاجتهادهم يكون في صورة فتاوى يقدمونها للعامة؛ ويجب أن يتوافر لدى العامي من العلم ما يكفي لكي يختار الرأي الذي يعمل به ويقتنع به أو يقلده عند تعدد الآراء في مذهبه؛ أو يختار المذهب الذي يقلده عند تعدد المذاهب .

(1) تراجع تعليقنا على البند (٣٧٣) وما بعده تحت عنوان "في إهدار الأشخاص".

١٤١- أولاً: دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها: من المسلم به أن لكل لفظ دلالة، ولكل عبارة دلالتها. ويترب على ذلك أن النص الشرعي، وهو مكون من ألفاظ وعبارات، قد تكون له دلالة واحدة، وقد يكون له أكثر من دلالة. ويستدل بالنص عادة على دلالة أى مفهوماته، وهذه المفهومات لا تخرج عن خمسة:

الأول: مفهوم العبارة: وهو المعنى الذى يتبادر إلى الذهن من صيغة النص، وهو الذى قصده الشارع من وضع النص؛ لأن المشرع حين يضع النص يختار له من الألفاظ والعبارات ما يدل دلالة واضحة على غرضه-١٢٠-، ثم يصوغه بعد ذلك بحيث يتبادر المعنى المقصود من النص إلى ذهن المطلع بمجرد الاطلاع عليه.

الثاني: مفهوم الإشارة: هو معنى لم يوضع النص من أجله، ولا يتبادر إلى الذهن من الاطلاع على صيغة النص، ولكنه مع ذلك يكون لازماً لعبارة النص أو لبعض ألفاظه. فمفهوم الإشارة هو معنى لازم للنص غير مقصود من سياقه، مثل قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالُهُمْ يُتَافَعُونَ فَبُذِلُوا﴾ [الحشر: ٨]. فمعنى العبارة الذى وضع النص من أجله هو أن الفقراء المهاجرين لهم نصيب من الفىء، ومفهوم الإشارة أن أموال هؤلاء المهاجرين التى تركوها قد خرجت عن ملكهم؛ لأن وصفهم بأنهم فقراء يستلزم ألا تكون أموالهم على ملكهم-١٢١-.

الثالث: مفهوم الدلالة: هو المعنى الذى يفهم من روح النص ومنطقه، فإذا دلت عبارة النص على حكم فى واقعة ما لعل استوجبت هذا الحكم،-١٢٢- فكل واقعة أخرى من جنسها تدخل تحت مفهوم النص إذا توافرت فيها علة الحكم، وكانت مساوية للواقعة التى جاء بها النص أو أولى منها بالحكم، على أن تكون المساواة أو الأولوية متبادرة إلى الفهم دون حاجة لقياس أو اجتهاد. ومثل ذلك قوله تعالى: ﴿إِذَا قُتِلَ لَهَا أَفٌّ وَلَا تَنْهَرُهَا﴾ [الإسراء: ٢٣]. فقد فهمى الله عن التأفف من الوالدين ومهرهما وحرم

الصدر

تعليق "رقم-١٢٠-": إذا كان المتكلم فى مقام بيان غرضه وإفهام مراده. أما إذا كان فى مقام إجمال غرضه وإجمال مراده، فلا يلزم اختيار ما كانت دلالة واضحة. أما حمل اللفظ على ظاهره فلا ريب فيه لأن المتكلم إذا كان يريد غير المعنى الظاهر لكان عليه أن يقيم القرينة، فما لم تقم قرينة على المراد فلا بد وأنه يريد المعنى الظاهر ويكون هو المراد للمتكلم.

الصدر

تعليق "رقم-١٣١-": إذا كان المراد وصف جميع المهاجرين بالفقراء. وأما إذا كان المراد خصوص من كان فقيراً منهم فلا دلالة فيها على ذلك، مع إمكان أن يكون وصفهم بالفقر بعد هجرتهم إلى المدينة لعدم تمكنهم من التصرف فى أموالهم. فليست للآية المباركة دلالة إشارة على ما ذكره المصنف فلا يصح التمثيل بها.

الصدر

تعليق "رقم-١٢٢-": رأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى هو عدم التعدى عن موضع النص إلا مع حصول القطع بعلّة الحكم. فأى مورد يعلم فيه بوجود العلة يسرى الحكم إليه دون سواه.

عوده

ذلك، وهذا هو المفهوم من عبارة النص، ولكن الذي يفهم من دلالة أن كل ما يساوى التأفف أو كان أشد منه محرّم أيضاً، لتوافر علة التحريم فيما يساوى التأفف، ولأن ما زاد عليه أولى بالتحريم. أما ما يقل عن التأفف والنهر فلا يدخل تحت النص .
ويسمى الاستدلال على هذا الوجه بالقياس الجلى لظهور فهم المساواة أو الأولوية بين المنطوق والمفهوم الموافق له، كما يسمى مفهوم الدلالة بمفهوم الموافقة، لأنه يوافق منطوق النص في علة الحكم موافقة تفهم بمجرد فهم عبارة النص، ويسمى أيضاً فحوى الخطاب أى روحه وما يعقل منه .

الرابع : مفهوم الاقتضاء : هو المعنى الذى يقتضيه النص بحيث لا تصح صيغة النص ولا تستقيم دون تقدير هذا المعنى-١٢٣-، مثل قوله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] فهذه الصيغة قد يفهم منها معنى كثيرة ولكن لا يمكن أن تصح وتستقيم إلا إذا فهمت على أن التحريم مقصود منه الزواج، وهذا هو مفهوم الاقتضاء . ومثل قوله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْحَيْةُ﴾ [المائدة: ٣] . فمفهوم الاقتضاء فيها هو تحريم الأكل .

الضبط

تعليق "رقم-١٢٣-" : عقلا أو شرعا أو لغة أو عادة أو كان صدق النص موقوفاً عليه .
أما مثال الذى يتوقف صحته عقلا عليه فقوله تعالى : ﴿وَأَسْأَلُ الْقَرْيَةَ﴾ [يوسف : ٨٢] . فإن صحة السؤال من المدينة عقلا يتوقف على تقدير لفظ أهل .
ومثال ما يتوقف عليه صحته شرعا قولهم : اعتق عبدك عتي على ألف . فإن معنى هذا الكلام أن المأمور بالوكالة عن الأمر يعتق العبد فكان الأمر هو العاتق ولما أنه ورد شرعا أنه لا يعتق إلا في ملك فتدل العبارة على طلب تملكه فيكون التقدير ملكنى العبد بألف ثم اعتقه عتي .
ومثال ما يتوقف عليه صحة الكلام لغة المثال الذى ذكره المؤلف، إذ لا يصح لغة تعلق الحكم الشرعى بالأعيان الخارجية فلا بد لصحتها واستقامتها لغة من أن يقدر متعلق الحرمة وهو الزواج في المثال الأول والأكل في المثال الثانى .
ومثال ما يتوقف صحة الكلام عليه عادة قولهم رأيت أسداً في الحمام فإن صحته عادة متوقفة على إرادة الرجل الشجاع من لفظ الأسد لاستحالة وجود الأسد في الحمام عادة .
ومثال ما كان صدق النص موقوفاً عليه قوله (ﷺ) : لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، فإن صدق الكلام يتوقف على تقدير الأحكام والآثار الشرعية لتكون هى المنفعة حقيقة لتحقيق الضرر والضرار عند المسلمين قطعاً، فالمنفى واقعا الضرر باعتبار آثاره الشرعية لأنه سبحانه وتعالى لم يحكم حكماً يوجب الضرر على المسلمين .

عوده

الخامس : مفهوم المخالفة : هو المعنى المخالف لمفهوم العبارة، أو هو المعنى الذى انشفت عنه قيود النص. وقد اختلف الأصوليون فى مفهوم المخالفة فرأى فريق منهم أن لكل نص دالتين: دلالة على حكم معين منطوق، ودلالة على نقيض هذا الحكم فيما يخالفه، أى فى مفهوم المخالف، فقولته تعالى: ﴿أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا﴾ [الأنعام: ١٤٥]، يدل على تحريم الدم المسفوح بمنطوق النص، ويدل على إباحة الدم غير المسفوح بمفهوم النص المخالف. فكلما دل النص بمنطوقه على حكم معين فإنه يدل على نقيض هذا الحكم بمفهومه المخالف. فمفهوم المخالفة ليس مسكوتا عنه عند هؤلاء.

والفريق الثانى يرى أن مفهوم المخالفة مسكوت عنه، وأن النص يوضع للحكم المنطوق به، ولا يوضع لمفهومه المخالف، فطبقا لهذا رأى لا دلالة للنص إلا على حكمه المعين فى منطوقه، وأما مفهومه المخالف فلا دلالة للنص على حكم فيه وهذا هو رأى الراجح-١٢٤-.

الضبط

تعليق "رقم-١٢٤-": لأن تقيد الدم بالمسفوح : كما يمكن أن يكون لتقيد الحكم بالطهارة وأما مقيدة بخصوص الدم المسفوح دون سواه، يمكن أن يكون لبيان نفس موضوع الحكم أو ما تعلق به الموضوع، فلا يستفاد منه إلا تقيد موضوع الحكم أو متعلق الموضوع فلا ينشئ الطهارة عن غير الدم المسفوح وما لم تقم قرينة على المعنى الأول فلا يكون للجملة دلالة على نفي الحكم عن غير المسفوح.

الشاوي

رأينا فى "التعليقات-١٢٠- إلى-١٢٤-": أنه يورد بعض تحفظاته على أقوال فقيها - فيما عدا رقم-١٢٢- فيشير إلى أن الجعفرية يلتزمون بالنص ولا يقيدهونه إلا مع حصول القطع بعلة الحكم... التى يوجب توافرها للتوسع فى تطبيق الحكم.

تراجع الحاشية.

ما أشار إليه من قواعد تفرضه الأصول اللغوية؛ لكن علينا أن نلفت النظر إلى أن المبدأ العام الذي يحكم "نظرية التفسير" في المواد الجنائية هو أنها نصوص استثنائية، ولذلك يجب إخضاعها لتفسير ضيق حتى لا يتسع نطاق العقوبات ولا يتجاوز قصد المشرع منها . وما يعرضه من قواعد لغوية إنما تهدف لتحقيق هذه الغاية والالتزام بها . إلى جانب هذا المبدأ، لا بد أن نشير إلى أن الألفاظ والنصوص إنما هي أدوات أو وسائل للدلالة على معان أو مقاصد هي الهدف من النص وغايته، ولذلك فإن المفسر يجب أن تكون مهمته الأولى هي الوصول إلى مقاصد التشريع وحكمته لأنها لازمة لاستنباط الحكم من النص .

* * *

لقد عني فقهاؤنا باستقصاء كل ما يمكن فهمه من مقاصد عبارات النصوص وبيان أولوية كل مفهوم منها بدقة متناهية، هذه الدقة تؤكد رأينا في أن التفسير قد يحتاج في أكثر الأحيان إلى قدر من العلم يتجاوز قدرة الفرد العادي؛ ولا بد أن يتولاه حينئذ المختصون من الفقهاء والقضاة .

كما نود لو أنه أضاف ما عني بعرضه في المقدمة من ضرورة تعمق فهم مقاصد النصوص القرآنية بالذات لكي تكون أساسا للنظريات العامة في الفقه ومبجعا أصيلا لها . وإشارته إلى ما يسمونه "القياس الجلي" أو الظاهر تشير إلى أن هناك درجات متفاوتة من القياس، وهو ما نستند إليه في أن القياس يجب أن يتسع في العصر الحاضر وفي المستقبل لأنواع تفتح الباب للتظير بالقدر اللازم لتقنين التعازير .

ما ذكره عن المفاهيم المتعددة من النص، سواء العبارة أو الإشارة أو الدلالة أو الاقتضاء أو المخالفة، يشير إلى أن هذا الترتيب يقصد به الأولوية مما يكون له أهميته عند التعارض كما سيوضحه في البند التالي .

عوده

١٤٢- تعارض المفهومات : إذا تعارضت المفهومات يرجح مفهوم العبارة على مفهوم الإشارة-١٢٥-؛ لأن مفهوم العبارة هو المعنى الذى وضع النص من أجله، وأما مفهوم الإشارة فهو معنى لازم لبعض ألفاظ النص ولكن الشارع لم يقصده لذاته. وإذا تعارض مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة مع مفهوم الدلالة-١٢٦- رجح مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة؛ لأن كلا منهما مفهوم الصيغة أو الألفاظ التى اختارها الشارع، أما مفهوم الدلالة فهو ما يفهم من روح النص ومنطقه، وليس يصح أن نطل معنى العبارات والألفاظ التى اختارها الشارع للمعنى الذى نفهمه نحن من روح النص. أما مفهوم الاقتضاء فهو مقدم على غيره-١٢٧-؛ لأنه المعنى الذى لا تصح صيغة النص ولا تستقيم إلا به.

أما مفهوم المخالفة فقد رأينا أنه على رأى الراجح مسكوت عنه ولا عمل له. ١٤٣- ثانيا- وضوح الدلالات وغموضها : تنقسم الألفاظ والعبارات والنصوص من حيث ظهور معناها إلى نوعين : نوع واضح الدلالة على معناه وليس فى دلالة غموض ولا إيهام، ونوع غامض الدلالة وفيه غموض وخفاء. والواضح الدلالة ليس على درجة واحدة فى وضوح دلالاته، بل بعضه أوضح دلالة من بعض، كما أن الغامض الدلالة بعضه أخفى دلالة من بعض.

الصدر

تعليق "رقم-١٢٥-": لا يعقل تعارض مفهوم الإشارة مع مفهوم العبارة، لأن مفهوم الإشارة هو ما يكون لازما لعبارة النص أو لبعض ألفاظه، فكيف يكون معارضا لمفهوم العبارة المتبادر من النص يا ترى؟!

الصدر

تعليق "رقم-١٢٦-": مفهوم الدلالة كما مر عليك آفا من المصنف هو ما يفهم من روح النص ومنطقه، فكيف يمكن أن يعارض المعنى المتبادر من النص وهو المسمى بمفهوم العبارة؟ أو كيف يعارض مفهوم الإشارة الذى يكون لازما لعبارة النص؟ وكيف يقطع يا ترى بوجود علة الحكم ليكون للكلام مفهوم دلالة فى مورد يفيقه ظاهر العبارة أو المعنى اللازم لها يا ترى؟!

الصدر

تعليق "رقم-١٢٧-": ولا يعقل أن يعارضه سواه، لأنه الذى لا تصلح صيغة النص بدونه ولا يعقل أن تكون إحدى المفاهيم تثبت عدم صحة النص.

الشاوى

رأينا فى "التعليقات-١٢٥- إلى-١٢٧-" أنها آراؤه الشخصية، والذى يهتما هو إشارته إلى ما يتميز به المذهب الجعفرى كما فى تعليقه رقمى-١٢٨-و-١٢٩-، وفى هذا الرقم الأخير يؤكد تركيزهم على جواز القياس كلما توافرت العلة الداعية للحكم بصورة قاطعة - ونحن نرى أن هذا الاتجاه يؤيد قولنا إن ظروف الحاضر والمستقبل تتلزم توسيع نطاق القياس ليشمل بناء النظريات العامة على أساس المبادئ التى تشير إليها النصوص، ولا تنف عند القياس على الحكم الفرعى المستعمل من النص لتوافر العلة، بل يجب أيضا أن نأخذ فى الحسبان المبادئ العامة التى تشمل ما يسميه فقهاءنا روح التشريع ومقاصده ومبادئه العامة - ويؤيده التعليق رقمى-١٣٠-و-١٣١-

١٤٤ - أقسام الواضح الدلالة : ينقسم الواضح الدلالة إلى أربعة أقسام :

١ - الظاهر ٢ - النص ٣ - المفسر ٤ - المحكم .

١٤٥ - الظاهر : الظاهر هو ما دلت صيغته على معناه دلالة واضحة، بحيث لا يتوقف فهم معناه على قرينة خارجية، ولم يكن معناه هو المقصود أصلاً من السياق أى من وضع الصيغة-١٢٨-، مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] . فإحلال البيع، وتحريم الربا يفهم من لفظي أحل وحرم دون حاجة إلى قرينة خارجية، وهذا المعنى لم يقصد من سياق الآية، لأنها سقت أصلاً لنفي المماثلة بين البيع والربا، ردّاً على من قالوا بأن البيع مثل الربا ﴿ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥] .

حكم الظاهر : يجب العمل بما ظهر منه ما لم يقم دليل يقتضى العدول عن ظاهره، إذ الأصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره إلا بدليل يقتضى صرفه عن ظاهره، أو إرادة معنى آخر منه . وإذا كان الظاهر عامّاً احتمل التخصيص، وإذا كان مطلقاً احتمل التقييد . وإن كان حقيقةً احتمل أن يراد به معنى مجازي، إلى غير ذلك من وجوه التأويل . ولا يكون صحيحاً إلا إذا بنى على دليل شرعي، من نص، وقياس-١٢٩-، أو روح التشريع ومبادئه العامة-١٣٠- فإذا لم يبن على دليل شرعي كان تأولاً باطلاً .

١٤٦ - النص : هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معناه المقصود أصالة من السياق، فمضى كان المعنى ظاهراً بوضوح في اللفظ - وهو المقصود أصالة من السياق - كان اللفظ نصّاً عليه، فقوله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] . نص على نفي المماثلة بين البيع والربا لأنه معنى ظاهر من اللفظ ومقصود أصالة من سياقه . حكم النص : حكمه هو حكم الظاهر، ويحتمل مثله التأويل-١٣١- .

المصدر تعليق "رقم-١٢٨-" : بل ولو كان هو المقصود فالظاهر والنص باصطلاح علماء المذهب الجعفري كلاهما من الظاهر .

المصدر تعليق "رقم-١٢٩-" : مر عليك قريباً أن فقهاء المذهب الجعفري لا يعتبرون القياس ولا يستندون إليه ولا يذهبون إلى شمول الحكم لغير مورد النص إلا مع وجود العلة المنصوصة أو القطع بالعلة الداعية للحكم في غير موردها .

المصدر تعليق "رقم-١٣٠-" : بمعنى أن الظاهر مخالف لما يعلم كونه من الدين ومخالف لمبادئه وأساسه .

المصدر تعليق "رقم-١٣١-" : مر عليك قريباً أن هذا القسم باصطلاح فقهاء المذهب الجعفري من الظاهر أيضاً والنص عندهم مالا يحتمل التأويل .

الشاوي رأينا في "التعليقات-١٢٨- -١٣١-" : تراجع الحاشية .

١٤٧- المفسر: هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى مفصل ينتفى معه احتمال التأويل، مثل قوله تعالى في قاذى الحصنات: ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤]. ويُعدّ النص مفسراً ولو ورد مجملاً غير مفصل إذا ألحق به الشارح ما يفصله ويزيل إجماله، كقوله تعالى: ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾ [الإسراء: ٣٣]. فهو نص مجمل، ولكن الرسول فصل معناه حين قال: "لا يحل قتل امرئ مسلم إلا لإحدى ثلاث: زنا بعد إحصان، وكفر بعد إيمان، وقتل نفس بغير نفس".

حكم المفسر: يجب العمل به كما فصل، ولا يحتمل أو يؤول أو يصرف عن ظاهره، والتفسير الذى ينفى احتمال التأويل هو التفسير المستفاد من الصيغة، أو المستفاد من بيان تفسيري مصدره المشرع، أما تفسير الفقهاء والمجتهدين فلا يعد من التشريع ولا ينتفى معه احتمال التأويل.

١٤٨- المحكم: هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى لا يقبل إبطالا ولا تبديلا، ولا يبقى معها احتمال للتأويل. والمحكم لا يقبل الإبطال ولا التبديل؛ لأن الحكم المستفاد منه حكم أساسى من قواعد الدين كعبادة الله وحده، والإيمان بكتبه ورسله، أو لأنه من أمهات الفضائل التي لا تختلف باختلاف الأحوال، كبر الوالدين والعدل، أو لأنه حكم فرعى جزئى أبده الشارح، كقوله تعالى في قاذى الحصنات: ﴿ولا تقتلوا لهم شهادة أبدا﴾ [النور: ٤]. والمحكم لا يقبل التأويل؛ لأنه مفصل ومفسر تفسيراً لا مجال معه للتأويل. حكم المحكم: يجب العمل به قطعاً ولا يحتمل صرفه عن ظاهره.

١٤٩- حكم التعارض: إذا تعارض ظاهر ونص، رجح النص؛ لأن الشارح قصده أصالة-١٣٢-، وإذا تعارض نص ومفسر رجح المفسر؛ لأنه أوضح دلالة على المراد منه إذ لا يحتمل التأويل، وإذا تعارض محكم ومفسر، رجح المحكم لأنه أقوى دلالة من المفسر-١٣٣-.

تعليق "رقم-١٣٢-": قصد الشارع للنص أصالة لا يكون مصححاً لتقدمه إلا إذا وقع التعارض بين إطلاقي الدليلين، فيقدم إطلاق النص، لأن الظاهر لم يقصده الشارع أصالة فلا يمكن التمسك بإطلاقه. فالآية المباركة لا يمكن الاستناد إليها في الحكم بحلية جميع أنواع البيع أو بحرمة جميع مصاديق الربا لأن الهدف من الآية المباركة بيان الفرق بينهما كون الأفراد المتعارفة من البيع محكومة بالحلية والأفراد المتعارفة من الربا محكومة بالحرمة.

تعليق "رقم-١٣٣-": كيف يكون المحكم أقوى دلالة من المفسر وكل منهما لا يقبل التأويل؟ فلا برهان على لزوم تقديم المحكم دائماً، بل يرجع في فرض تعارضهما إلى القواعد المقررة للدليلين المتعارضين.

رأينا في "تعليقين-١٣٢-، -١٣٣-" آراء شخصية للسيد الصدر لها تقديرها.

توصل الفقه إلى ضرورة التمييز بين درجات "الوضوح" في عبارة النص ومفهومه؛ وأولها ما يُعدُّونه ظاهر الوضوح، ومع ذلك فقد أشاروا إلى أنه يحتمل التخصيص أو التقييد بناء على دليل شرعي سواء كان نصاً أو قياساً (اجتهاداً) استناداً إلى روح التشريع ومبادئه العامة.

إن ما عرضه من ترتيب الأولويات في حال التعارض بين مفهوم بعض النصوص يؤكد لنا مدى الدقة التي أولاهها الفقه لفهم النصوص - ولا يقصد بها في نظرنا مجرد تقديسها - بل الهدف هو كما قلنا تمكين الأجيال المتعاقبة من العلماء والفقهاء وأهل الاجتهاد من مواصلة التعمق للوصول إلى استنباط النظريات العامة التي هي منبع الأحكام الفرعية ومنبتها ومفتاح نموها وتطورها وتجديدها.

ونحن نكتفي بالتذكير بأن أهم الغايات التي يجب أن أنتموها من فهم النصوص في الحاضر والمستقبل، إنما هي التعمق في فهم مقاصدها وحكمتها وعللها التي تستطيع بها أن تبني عليها النظريات العامة.

لقد قام أسلافنا بالدور الأكبر في استنباط الأحكام الفرعية من النصوص مباشرة، بقي علينا الآن أن نتجه إلى ما هو أبعد من ذلك من المبادئ والمقاصد والنظريات العامة التي تحدد لنا الحقوق التي قصد الشارع حمايتها بالعقاب المقرر في بعض النصوص - لأن اختيار المشرع لأفعال معينة ليفرض عليها عقوبة مقررة ليس عشوائياً بل لأنه يستلقت نظرنا لضرورة حمايتها عند فرض التعازير.

* * *

لم يقف الفقه عند حد العبارات الواضحة أو ما يسمونه "ظاهر النص"؛ بل سوى بها ثلاث صور أخرى ليست أقل وضوحاً؛ بل إن بعضها يصل وضوحه إلى حد القول بأنه لا يحتمل أي تأويل يصرفه عن ظاهره....

ولاننسى أن المجتهدين الذين بلغوا درجة كبرى في العلم هم الذين يستطيعون أن يفرقوا بين النصوص التي يعترفون لها بأحد هذه الأوصاف المتفاوتة وإن كانت متقاربة لأنها كلها في دائرة "الوضوح".

* * *

والترجى بين الصور الأربع من درجات "الوضوح" تصاعدي، بمعنى أن كلاً منها أكثر وضوحاً من سابقه حسب الترتيب الذي قدمها به واتبعه في عرضها؛ أي أن أقرأها وضوحاً هو آخرها - أي المحكم يليه المفسر ثم النص وآخرها "الظاهر". والفرقة بين هذه الأنواع مرجعها إلى الاجتهاد.

١٥٠- أقسام الغامض الدلالة: ينقسم الغامض الدلالة إلى أربعة أقسام:

١- الخفى . ٢- المشكل . ٣- المجمل . ٤- المتشابه .

١٥١- الخفى: الخفى فى الاصطلاح هو اللفظ الدال على معناه دلالة ظاهرة، ولكن فى انطباق معناه على بعض الأفراد غموض وخفاء يحتاج إلى نظر وتأمل. ومنشأ هذا الغموض أن الفرد فيه صفة زائدة على سائر الأفراد، أو ينقص صفة عنها، أو أن له اسماً خاصاً دونها، فهذه الزيادة أو هذا النقص أو هذه التسمية الخاصة تجعله موضع اشتباه، فيكون اللفظ خفياً بالنسبة لهذا الفرد. مثال ذلك لفظ السارق، فإنه ينطبق على كل من أخذ مال الغير خفية من حرز مثله؛ لأن السرقة هى أخذ مال الغير خفية من حرز مثله، ولكن فى انطباق لفظ السارق على الطرار - أى النشال - نوع من الغموض والخفاء؛ لأن النشال يأخذ المال من حاضر يقظان معتمداً على خفة يده ومسارقة الأعين، فهو يغير السارق بوصف زائد فيه، هو جرأة المسارقة، ومن ثم فقد سمي باسم خاص. ومثال ذلك النباش أى سارق الأكفان، فإنه يختلف عن السارق فى أنه يأخذ ما ليس على ملك أحد على رأى، أو يأخذ من غير حرز على رأى آخر. فلفظ السارق يعد خفياً بالنسبة للطرار والنباش، والوسيلة لإزالة هذا الخفاء هى البحث والاجتهاد؛ فإن رأى القاضى-١٣٤- أن اللفظ يتناولهما ولو بمفهوم الدلالة جعلهما من مداولات اللفظ، وطبق عليهما حكم السرقة، وإن رأى أن اللفظ لا يتناولهما بأى طريق من طرق الدلالة لم يطبق عليهما حكم السرقة. والذى حدث فى هاتين الحالتين بالذات أن المجتهدين أجمعوا على اعتبار الطرار-١٣٥- سارقاً ولكنهم اختلفوا فى عدّ النباش-١٣٦- كذلك.

الصدر

تعليق "رقم-١٣٤-": إن كان مجتهداً وإلا رجع إلى غيره من المجتهدين

الشاوى

رأينا فى "تعليق-١٣٤-": تكرار من الصدر ما تضمنه فى تعليقه ١١٧.

المنبر

تعليق "رقم-١٣٥-": وهو الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفرى إذا سرق من الجيب والكم الباطنين، وفسر الباطن بما إذا كان فى باطن الثوب أو فى ثوب داخل مطلقاً، كان الثوب فى باطن الثوب أو ظاهره. واستدوا فيما ذهبوا إليه إلى أخبار رويت عن أمير المؤمنين (ع)، وقد يُستدل على ذلك بصدق الحرز على الجيب الباطنى وعلى جيب الثوب الداخلى.

المنبر

تعليق "رقم-١٣٦-": أما فقهاء المذهب الجعفرى فقد اتفقوا على قطع يد النباش، واستدوا فى ذلك إلى أخبار معتبرة رويت عن أئمة أهل البيت (ع) واختلفوا فى أنه هل تقطع يد النباش مطلقاً ولو كان ما سرق لا يساوى ربع دينار أو يشترط فى قطع يد النباش أن يبلغ سعره ربع دينار.

الشاوى

رأينا فى "التعليقين-١٣٥-، ١٣٦-": أن آراء المذهب الجعفرى التى أشار إليها تدور حول التزامهم بما يسميه "الأخبار المعتبرة" عن أئمة أهل البيت - التى نرى وصفها بأنها اجتهادات لهم يجب فى نظرنا معاملةتها كغيرها من آراء الصحابة.

١٥٢ - المشكل : هو اللفظ الذي لا يدل بصيغته على المراد منه، ولكن يمكن تعيين المراد منه بقريته خارجية. ومثاله اللفظ المشترك فإنه موضوع لأكثر من معنى واحد، وليس في صيغته ما يدل على المعنى الذي يقصده الشارع منه، ولكن القريته الخارجية تعين المعنى الذي يقصده الشارع، كلفظ القرء في قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨]. فإنه موضوع للظهر والحيض، وليس في صيغته ما يدل على المعنى الذي قصده الشارع.

وقد ينشأ الإشكال من مقابلة النصوص بعضها ببعض، بأن يكون كل نص على حدته ظاهر الدلالة على معناه ولا إشكال فيه، ولكن الإشكال في التوفيق والجمع بين هذه النصوص.

والطريق لإزالة إشكال المشكل هو الاجتهاد، فعلى القاضى -١٣٧- إذا ورد في النص لفظ مشترك أن يتوصل بالقرائن والأدلة الشرعية إلى إزالة إشكال اللفظ وتعيين المراد به. وإذا وردت نصوص ظاهرها يتخالف والتناقض، فعليه أن يؤولها تأويلاً صحيحاً يوفق بينها ويزيل ما في ظاهرها من اختلاف -١٣٨-، على أن يعتمد

تعليق "رقم-١٣٧-": إن كان مجتهداً وإلا فمقتضى ذلك على من يرجع إليه من المجتهدين.
تعليق "رقم-١٣٨-": يعتمد عليه العرف ولم يكن الدليلان عرفاً يعدان من الدليلين المتعارضين بل كان أحدهما يصلح عند العرف لأن يكون مبيناً للآخر وشارحاً له، كما إذا ورد دليل ينهى عن أمر من الأمور كالارتعاس - (الانغماس) - للصائم مثلاً، وآخر يجوزه، فالحديث الأول ظاهر في حرمة الارتعاس لأن الحرمة هي المعنى المستفاد من النهى عرفاً وإن أمكن استعمالها في الكراهة مجازاً، والدليل الثانى صريح بجواز الارتعاس للصائم، فيقع التعارض بين ظهور الدليل الأول وصراحة الدليل الثانى لعدم إمكان أن يحكم الفعل الواحد بالإباحة والحرمة في زمان واحد، والعمل بمحتوى الدليلين يقتضى الذهاب إلى الكراهة ورفع اليد عن ظهور الدليل الأول بالحرمة لأن صراحة الدليل الثانى بالإباحة يكون قريته عرفية على أن المراد من النهى في الدليل الأول الكراهة. وهكذا، فإن كل دليل دل على الإباحة إذا عارضه ما دل على الوجوب والحرمة يكون قريته على أن المراد من الأول الاستحباب ومن الثانى الكراهة.

كما أن الدليلين إذا كان أحدهما عاماً وشاملاً لأفراد كثيرة وكان الثانى مختصاً ببعض أفراد الموضوع الأول، ومثاله أن يرد في نص الربا حرام وفي آخر الربا بين الوالد والولد مباح، فإن الدليل الثانى لما كان أعم من الأول فيكون مقسراً للدليل الأول ومختصاً له بغير الوالد والولد وقريته عرفية على بيان المراد منه، فلذا لو كان متصلاً به لما بقى على ظهوره في شمول جميع الأفراد. ولا فرق في الدليل المفسر بين كونه متقدماً أو متأخراً منفصلاً أو متصلاً. ويسمى تقديم الخاص على العام تخصيصاً إذا كان دلالة الدليل العام على شمول جميع الأفراد بالوضع إذا كان الشمول مستفاداً من أدوات العموم، كما لو كان المثال الأول كل رباً من كل إنسان =

حرام يسمى الدليل الثاني مختصاً. وأما إذا كان شموله مستفاداً من الإطلاق ومن تعلق الحكم بالطبيعة التي لها أفراد كثيرة وكان الخاص مختصاً ببعض الأفراد كالمثال الذي ذكرناه في أول التعليق، فإن الخاص يقدم ويسمى مقيداً. ومن موارد التأويل الصحيح العرفي ما لو كان أحد الدليلين دالاً على ثبوت حكم لموضوع كان الآخر ينفي وجود ذلك الموضوع. ومثاله أن يرد في النص، يجب الحجج على المستطيع. وورد في نص آخر: المدين ليس مستطيعاً، ففي مثل هذه الموارد يكون الدليل الثاني قرينة على عدم وجوب الحجج على المدين لأن الدليل الأول يوجب الحجج على خصوص المستطيع والنص الثاني ينفي صفة الاستطاعة عن المدين فيقدم الدليل الثاني ويسمى حاكماً ويسمى الدليل الأول محكوماً. ولا يصح التأويل في غير هذه الموارد التي ذكرناها، بل يكون الدليلان من المتعارضين.

وقد اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفري في العمل بالدليلين المتعارضين، فذهب بعضهم إلى لزوم العمل بالدليل الراجح منهما، ومع عدم رجحان في أحد الدليلين فالمكلف مخير بالعمل بأيهما شاء. وذهب بعضهم إلى لزوم العمل بالراجح منهما ومع تساويهما فلا يصح العمل بأى من الدليلين. وذهب بعضهم إلى أن المجتهد مخير في الاعتماد على أى من الدليلين شاء ولو كان أحدهما أرجح وذا منزلة، وإنما يحسن للمجتهد الأخذ بالراجح. وأرجح هذه الآراء هو الرأي الأول. كما اختلفت آراؤهم في الأمور التي توجب الرجحان، والرأي الراجح هو أن الأمور التي توجب الرجحان ثلاثة:

الأول: كون أحد الدليلين أشهر رواية بمعنى اشتهار روايته بين الرواة.

الثاني: أن يكون مشاهداً للنص كتابي.

الثالث: ألا يكون موافقاً لآراء بقية المذاهب الفقهية الإسلامية، فإذا ورد دليلان أحدهما موافق لآراء بقية المذاهب الإسلامية والآخر مخالف لها فيؤخذ بالأول لأن أئمة أهل البيت كثيراً ما كانوا يلتجئون إلى بيان غير الواقع خوفاً على أنفسهم من السلطات القائمة في تلك الأزمنة أو خوفاً على شيعتهم فيما إذا تظاهروا بأمر يخالف ما عليه غيرهم من المذاهب الفقهية الإسلامية فيكون سب معرفتهم وإنزال الضرر بهم، فلا يحصل لنا الوثوق بأن الدليل الموافق لبقية المذاهب الإسلامية صدر لبيان الحكم الواقعي، وأما الدليل المخالف لبقية المذاهب الإسلامية فلا يحتمل صدوره لغير بيان الحكم الواقعي فيستند إليه. وقد وردت أخبار معتبرة آمرة بالأخذ بالمرجحات المذكورة فلا مجال للتخير مع وجود إحدى هذه المرجحات. وأما مع عدمها فالرأي الراجح عندنا هو التخير، وأما المرجحات الأخرى التي ذكرها بعض الفقهاء فلم يرقم على الترجيح بها دليل معتبر بنظرنا.

الشاوي رأينا في "التعليق المطول" ١٣٨-: "أنه يورد آراء الشخصية - إلا أن الرأي الذي أشار إليه من أنه يرى ترجيح الرأي الذي لا يكون موافقاً لآراء أهل السنة، يستند إلى تفسير غير مقبول لمواقف آل البيت كما نتمنى أن يستبعد. ونخشى أن يكون هو في بعض تعليقاته يحرص على إبراز بعض الآراء التي يرى هو أنها تخالف آراء السنة. ونحن نفضل أن ينتج الباحثون في المذاهب كلها إلى ترجيح الآراء التي تقرب بين المذاهب وليس تلك التي تباعد بينها كما يقول."

عُودَهُ في تأويله على نصوص أخرى-١٣٩-، أو على مبادئ الشريعة العامة-١٤٠- وحكمة التشريع فيها-١٤١-.

١٥٣- المَجْمَلُ : هو اللفظ الذي لا يدل بصيغته على المراد منه، ولا توجد معه قرائن لفظية أو حالية تبين هذا المراد. من ذلك الألفاظ التي نقلها الشارع عن معانيها اللغوية ووضعها لمعان اصطلاحية شرعية خاصة، كالألفاظ الصلاة والزكاة والصيام وغيرها من كل لفظ أراد به الشارع معنى شرعيا خاصا لا معناه اللغوي. فإذا ورد لفظ من هذه الألفاظ في نص شرعي، كان مجملا حتى يفسره الشارع، ولذلك جاءت السنة العملية والقولية بتفسير الصلاة وبيان أركانها وشروطها وكيفيةها، كما جاءت بتفسير الزكاة والصيام وغيرها مما جاء مجملا في نصوص القرآن.

ومن المَجْمَلِ اللفظ الغريب الذي لُسرِه القرآن، كلفظ القارعة في قوله تعالى: ﴿القارعة﴾ * ما القارعة * وما أدراك ما القارعة * يوم يكون الناس كالفرش المبثوث * وتكون الجبال كالعهن المنفوش ﴿[القارعة: ١-٥].

وكل لفظ أراد به الشارع معنى خاصا وليس في صيغة اللفظ ولا في القرائن الخارجية ما يبينه فهو لفظ مجمل، والطريق إلى بيانه وإزالة إجماله هو الشارع نفسه، فإن لم يبينه فلا بيان له.

وإذا صدر من الشارع بيان لمَجْمَلٍ ولكنه غير واف بتفصيل كل ما أريد منه، فإن اللفظ المَجْمَلُ ينتقل بهذا البيان غير الوافي من باب المَجْمَلِ إلى باب المشكل، ويكون على القاضي -١٤٢- أن يزيل الإشكال باجتهاده دون حاجة إلى بيان أو تفسير جديد من الشارع.

التعليق "رقم-١٣٩-": تكون قرينة عرفية على فهم المراد منها كما مر تفصيل ذلك في التعليق السابقة.

التعليق "رقم-١٤٠-": إذا كان أحد الدليلين مناهيا لمبادئ الشريعة الإسلامية فلا يكون حجة ولا يصلح لأن يعارض سواه.

التعليق "رقم-١٤١-": إذا أوجب القطع بالحكم الشرعي فالدليل المخالف لما يسقط عن الحجية وإن لم يوجب القطع بالحكم الشرعي فلا دليل على الترجيح بما وافقها إلا حصول الظن بما والى الحكمة ولا دليل على اعتبار هذا الظن.

الشأوى رأينا في "التعليقات أرقام-١٣٩-ر-١٤٠-ر-١٤١-": من حسن الحظ أنه يورد ما يؤيد أقوال فقيهما في الأصل.

التعليق "رقم-١٤٢-": إذا كان مجتهدا وإلا رجع في ذلك إلى أحد المجتهدين.

عوده

١٥٤ - التشابه : هو اللفظ الذي لا تدل صيغته على المراد منه، ولا توجد قرائن خارجية تبينه، واستأثر بعلمه فلم يفسره .

وليس في النصوص التشريعية شيء من التشابه، فلا يوجد في آيات الأحكام أو أحاديث الأحكام لفظ متشابه لا يعلم المراد منه، وإنما يوجد التشابه في مواضع أخرى . ومن أمثلته الحروف المقطعة التي بدأت بها بعض سور القرآن -١٤٣- .

١٥٥ - ثالثاً - اشتراك الألفاظ وعسوها وخصوصها : ينقسم اللفظ من حيث المعنى الذي وضع له إلى : مشترك، وعام وخاص :

النص

تعليق "رقم-١٤٣-" : ذكرنا في تفسير هذه الحروف في الجزء الأول من كتابنا "محاضرات في تفسير القرآن الكريم" ص (١٠١) ما يأتي : "إنما تشتمل على معان وإشارات لا يفهمها إلا الرسول الأعظم (ﷺ) . وإن الغرض من إفهام تلك المعاني بهذه الكيفية هو إفهام الناس أن القرآن المعجز الذي عجز العرب عن الإتيان بسورة من سورته مركب من هذه الحروف التي يتركب منها كلامهم وتتكون منها خطبهم وأشعارهم، فعجزهم مع ذلك عن معارضته ومقابلته والتجاوزهم إلى السيف دليل على أنه من الله تبارك وتعالى . وقد يستفاد ذلك من نفس القرآن أيضاً فإن ظاهر قوله تعالى : ﴿ذلك الكتاب﴾ [البقرة : ٢] ، هو إخبار عن نفس هذه الحروف، ولما لم تكن هذه الحروف هي القرآن الكريم فلا بد وأن يكون المراد أن القرآن الكريم مركب منها، مع ذلك عجز العرب عن مجاراته" . انتهى .

ولقد وردت بعض الأخبار في تفسير هذه الحروف المقطعة، ولا مانع من أن يكون المراد من هذه الحروف الإشارة إلى إعجاز القرآن، مع اشتغالها على معان أخرى لا يعرفها إلا النبي (ﷺ) ، ولا سبيل لنا إلى فهم تلك المعاني إلا الأخبار الواردة عنه (ﷺ) فلا مانع من الاعتماد عليها إذا ثبت اعتبارها .

الشواهد

رأينا في "تعليق-١٤٢-" : سبق أن بينا رأينا فيه - أما تعليق رقم-١٤٣- فهو رأى شخصي له في التفسير .

عوده ١٥٦ - اللفظ المشترك : هو لفظ وضع لمعنيين أو أكثر بأوضاع متعددة، فهو يدل على ما وضع له على سبيل البدل، أى يدل على هذا المعنى أو ذاك، كلفظ القرء يدل على الحيض والطهر، ولفظ اليد فى قوله تعالى : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨]. فإنه يعنى اليمنى واليسرى، ويعنى من رءوس الأصابع إلى الرسغين وإلى المرفق وإلى المنكب - ١٤٤ - .

والاشتراك قد يكون بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى، وقد يكون بين أكثر من معنى واحد من المعانى اللغوية .

فإذا كان الاشتراك بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى وجب حمل اللفظ على المعنى الاصطلاحى الشرعى دون غيره. فلفظ الطلاق موضوع لغة لحل أى قيد، وموضوع شرعا لحل قيد النكاح، فإذا أريد معرفة المعنى المقصود من هذا اللفظ المشترك فى قوله تعالى : ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة: ٢٣٩]. وجب أن نعرف أن المقصود هو المعنى الاصطلاحى .

الصدر تعليق "رقم-١٤٤-" : أو خصوص الأصابع كما يذهب إلى ذلك فقهاء المذهب الجعفرى تبعاً لما ثبت عندهم من سيرة مولانا أمير المؤمنين (ع)، وقد نقل ذلك عنه الشافعى فى كتاب الأم الجزء السابع ص (١٨٢) . وقيل إن اليد استعملت فى القرآن الكريم بمعنى الأصابع فى قوله سبحانه وتعالى : ﴿فويل للذين يكتبون الكتاب بأيديهم ثم يقولون هذا من عند الله﴾ [البقرة: ٧٩] . لأن من المعلوم أن الكتابة بالأصابع دون المساعد والكف . وقد ذكرنا آنفاً أن مما يشهد لصحة هذا الحكم قوله سبحانه وتعالى : ﴿وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحدا﴾ [الحج: ١٨] . فإن المساجد مفسرة بالمساجد السبعة اللائى يجب السجود عليها ومنها الكف، فإذا كانت الكف لله فكيف تقطع يا ترى !؟

الشاوى رأينا فى تعليق-١٤٤- أن الجعفرية يرون أن قطع اليد فى حد السرقة يقصد به الأصابع فقط - سبق أن قلنا إنه رأى يستحق أن يؤخذ بعين الاهتمام عند دراسة حد السرقة فى القسم الخاص، لأن الأدلة التى استند إليها تستحق التقدير .

عوده

وإذا كان اللفظ المشترك مشتركاً بين معنيين أو أكثر من المعاني اللغوية وجب حمله على معنى واحد منها بدليل يعينه، لأن الشارع لا يقصد عقلاً من اللفظ إلا أحد معانيه-١٤٥-، وللقاضى-١٤٦- أن يستدل بالقرائن والأمارات التى تعين المعنى المراد. ومثال اللفظ المشترك بين معنيين لغويين الواو فى قوله تعالى : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام : ١٢١]. فالواو لفظ مشترك يستعمل لغة للعطف كما يستعمل للحال، فإن أريد به الحال كان النهى وارداً على ما لم يذكر

المصدر

تعليق "رقم-١٤٥-" : يمكن أن يريد المؤلف من عبارته هذه أحد المعنيين :

أولهما - أنه يستحيل للمولى أن يقصد أكثر من معنى واحد من معاني اللفظ المشترك وهو أحد قولى علماء المذهب الجعفرى، ويستدلون فى ذلك إلى أن استعمال اللفظ فى المعنى بمعنى إيجاد ذلك المعنى باللفظ لكن لا وجوداً حقيقياً بل وجوداً جُملياً تزييلاً لأن وجود اللفظ وجود للمعنى تزييلاً، فكانه بإيجاد اللفظ أوجد المعنى خارجاً فهو وجود واحد يتسبب إلى اللفظ حقيقة أولاً وبالذات وإلى المعنى تزييلاً وثانياً وبالعرض فلا يمكن أن يراد باستعمال واحد معنيين لأن لازمه أن يوجد بلفظ واحد معنيان وأن يكون قابلاً لاثنين وهو محال .
وذهب آخرون إلى جواز استعمال اللفظ فى أكثر من معنى، واحتجوا بأن الاستعمال غير منحصر بما ذكر فى حجة المانعين لإمكان أن يكون مستعملاً فى معنيين بمعنى كونه مشيراً لهما لا مثراً لهما .

والقول الثانى هو القول الراجح منهما كما يظهر ذلك لمن راجع الحجتين السابقتين .
ولكن الظاهر من المشترك استعماله بمعنى واحد، وإن قلنا بإمكان استعماله فى معنيين فلا يمكن إرادة أكثر من معنى إلا بقرينة تدل على ذلك .
ثانى المعنيين اللذين تحتملهما عبارة المصنف أن الشارع إنما يستعمل اللفظ فى المعنى لفهم مراده وتوضيح مقصوده وهو لا يحصل إلا بإرادة أحد معاني المشترك ويمكن أن يورد عليه لو أراد هذا المعنى بأنه مع تسليم إن كان استعمال اللفظ فى أكثر من معنى فلا يأتى إرادة تفهيم المراد وتوضيح المقصود بأن يستعمل اللفظ فى أكثر معنى من معاني المشترك مع إقامة قرينه على مراده .

الشأوى

رأينا فى "تعليق-١٤٥-" : هى آراؤه الشخصية .

المصدر

تعليق "رقم-١٤٦-" : إذا كان مجتهداً وإلا فيرجع فى ذلك إلى أحد المجتهدين .

الشأوى

رأينا فى "تعليق-١٤٦-" : سبق أن ذكرنا أن رأينا هو أن الاجتهاد أو التفسير ليس خاصاً بطلائفة دون غيرها - كل ما هنالك أن قيمة كل اجتهاد أو تفسير ترجع إلى مقدار ما لدى صاحب الراى من علم وفقه .

عودة اسم الله عليه، والخال أنه فسق أى ذكر عليه حين ذبحه اسم غير الله-١٤٧-، وإن أريد به العطف كان النهى واردا على ما لم يذكر اسم الله عليه مطلقا، سواء ذكر عليه حين الذبح اسم غير الله أم لم يذكر .
ومهما تعددت معاني اللفظ المشترك، فإن الشارع لا يقصد إلا أحدها دون غيره؛ لأن المعاني المتعددة توضع على سبيل البدل،-١٤٨- أى على أن يحل معنى بدلا من آخر، ولأن بعض المعاني متضاربة فلو جمع بينها لكان المقصود المعنى وضده في وقت واحد-١٤٩- .

المصدر تعليق "رقم-١٤٧-": "أو كان عدم ذكر اسمه سبحانه لعدم الاعتقاد به أو لعدم الاهتمام به سبحانه .

الشاوي رأينا في "تعليق-١٤٧-": هي آراؤه الشخصية .

المصدر تعليق "رقم-١٤٨-": "كونها كذلك لا يكون سببا لعدم جواز استعمالها في أكثر من معنى إلا إذا تم أحد الوجهين اللذين ذكرناهما في تفسير عبارة المتن .

المصدر تعليق "رقم-١٤٩-": "إذا صح استعمال اللفظ في أكثر من معنى واستعمله الشارع في أكثر من معنى فيكون المقصود جميع المعاني التي استعمل اللفظ فيها ولا تكون المعاني متضادة على هذا القول .

الشاوي رأينا في "التعليقين-١٤٨-، -١٤٩-": هي آراؤه الشخصية .

كما أن الوضوح له أربع درجات؛ فكذلك نقيضه وهو ما يسمى بالغموض - له درجات متفاوتة - وقد عرضها بترتيب تصاعدي في "الغموض" كما فعل بالنسبة لدرجات الواضح؛ وأقصى هذه الدرجات غموضاً هو "المتشابه" وعرفه بأنه ما استأثر الشارع الحكيم بعلمه - فهو غيب يليه المشكل ثم المجهل ثم الخفي .
والعلم والاجتهاد هو الذي يعترف لكل نص بحظه من الغموض؛ كما أنه هو الذي يعترف له بحظه من الوضوح كما أشرنا فيما سبق؛ وقد أشرنا مراراً إلى أن باب الاجتهاد مفتوح دائماً ولا مجال للقول بأنه أغلق؛ كل ما هنالك أن الاجتهاد أصبح جماعياً بعد أن كان فردياً؛ ونحن نصف فهم المكلف العادي للنصوص بأنه اجتهاد وإن كان أدنى درجات الاجتهاد لأن الشخص يجتهد لنفسه فقط لا لغيره .
ومن حسن الحظ أنه أكد أنه لا يوجد في النصوص الجنائية (في الكتاب أو السنة) ما يدخل في نطاق "المتشابه" الذي استأثر الله بعلمه - لأنها إنما شرعت لكي يفهمها الجميع ويعملوا بها حسب فهمهم واجتهادهم - وأن ما يُعدّ متشابهاً يدخل في نطاق نصوص أخرى لا تدخل في نطاق التشريع الجنائي لا تستطيع أن نتأكد من فهمنا لمقصدها حتى الآن .. مثل الحروف المقطعة في أوائل السور القرآنية.

* * *

في حالة اللفظ متعدد المعاني، فإن على المجتهد أو المفسر أن يستدل من القرائن والأمارات على المعنى المقصود من النص متعدد المعاني دون غيره؛ وهذا أمر اجتهدى مع ملاحظة أن كل ما هو محل للاجتهاد يجوز فيه الخلاف وتعدد المذاهب والآراء.

والتفصيلات التي عرضها في هذا المصمار تدخل في نطاق علم أصول الفقه ...

عوده ١٥٧- اللفظ العام: هو لفظ وضع لمعنى واحد يتحقق في أفراد كثيرين غير محصورين، ويدل بوضعه اللغوي على شمول هذه الأفراد واستغراقها جميعاً-١٥٠-، مثل لفظ الوصية في قوله صلى الله عليه وسلم: "لا وصية لوارث"، فهو يدل بوضعه اللغوي على شمول كل وصية؛ لأنه نكرة في سياق النفي وهى تدل على العموم . والفرق بين اللفظ المشترك واللفظ العام، أن المشترك وضع لمعان متعددة، أما العام فموضوع لمعنى واحد يتحقق في أفراد كثيرين .
والألفاظ التى تفيد العموم تنحصر بالاستقراء فى سبعة أنواع :

١ - لفظ كل ولفظ جميع، فكل منها يفيد شمول أفراد ما يضاف إليه، مثل قوله تعالى: ﴿كل امرئ بما كسب رهين﴾ [الطور: ٢١] .

٢ - المفرد المعروف بالجنسية مثل قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨]، وقوله: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥] . فالمراد جنس السارق وجنس البيع وجنس الربا، والجنس يتحقق في كل فرد-١٥١-، فينطبق النص على كل سارق وكل بيع وكل ربا .

٣ - الجمع المعروف بالجنسية أو المعروف بالإضافة، مثل الأول قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] . ومثل الثانى قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء: ٢٣] .

٤ - النكرة في سياق النفي-١٥٢- مثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام: (ولا يقاد والد بولده) وقوله: (لا وصية لوارث) .

الضئير تعليق "رقم-١٥٠-": بل يدل لفظ الوصية بحسب وضعه على طبيعة الوصية. وإنما استفيد الشمول من قرينة خارجية تسمى بمقدمات الحكمة، وهو كون المتكلم في مقام بيان مراده ولم ينصب قرينته على أن مراده بعض الأفراد فلا بد وأنه مرید لجميع ما تصدق عليه هذه الطبيعة .

الشاوي رأينا في "تعليق-١٥٠-": هى آراؤه الشخصية .
الضئير تعليق "رقم-١٥١-": كما يمكن أن يتحقق الجنس في جميع الأفراد يمكن أن يتحقق في بعضها فقط، ولا يمكن إثبات الأول مع عدم قرينة خاصة عليه إلا بواسطة القرينة المسماة بمقدمات الحكمة وقد أشرنا إليها آنفا .

الضئير تعليق "رقم-١٥٢-": إذا دخل النفي على النكرة فإنما يدل على انتفاء جميع ما يرد من النكرة، والنكرة لا تدل بنفسها على شمول جميع الأفراد وإنما دلالتها على الاستيعاب بواسطة القرينة الخارجية العامة المسماة بمقدمات الحكمة التى أشرنا إليها آنفا .

- ٥ - الاسم الموصول-١٥٣- مثل قوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤].
- ٦ - اسم الشرط مثل قوله تعالى : ﴿ومن يقتل مؤمنا متعمدا﴾ [النساء: ٩٣]. وقوله : ﴿ولا تكنوا الشهاداة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة: ٢٨٣].
- ٧ - اسم الاستفهام مثل قوله تعالى : ﴿لمن ذا الذي يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه له﴾ [البقرة: ٢٤٥].
- فكل لفظ من أى نوع من هذه الأنواع يقيد بوضعه للغوى العموم والشمول-١٥٤-

الصدر تعليق "رقم-١٥٣-": وضع الاسم الموصول لجماعة ويصح أن يراد به أى جماعة مهما قلت أو كثرت، وإنما يستفاد الاستيعاب ببركة القرينة العامة المسماة بمقدمات الحكمة التى أشرنا إليها آنفا، ومثل اسم الشرط واسم الاستفهام فإنه لا يستفاد منهما الشمول إلا بواسطة القرينة العامة المسماة بمقدمات الحكمة.

الصدر تعليق "رقم-١٥٤-": فى خصوص النوع الأول، وبواسطة مقدمات الحكمة فى بقية الأنواع.

الشاووى رأينا فى "التعليقات-١٥١- إلى-١٥٤-" هى آراء شخصية للسيد الصدر تكمل ما ذكره فقيها أو تعدله.

١٥٨- دلالة العام قطعية: وإذا ورد في نص شرعي لفظ عام ولم يَقم دليل على تخصيصه وجب حمله على عمومهِ، لأنه موضوع لغة لهذا العموم، ولم يَقم دليل يصرِّفه عما وضع له، وكان ثبوت الحكم الوارد بالنص لجميع أفراد هذا العام قطعياً لا ظنياً-١٥٥-؛ لأن اللفظ عند الإطلاق يُلزِمه معناه قطعاً، وهذا هو معنى القاعدة الأصولية: "العام الذي لم يخص يتناول جميع أفرادهِ قطعاً".

وإذا قام دليل على تخصيص العام وجب حمله على ما بقي من أفرادهِ بعد التخصيص وكان الحكم الوارد بالنص لهذه الأفراد الباقية بعد التخصيص ظنياً لا قطعياً؛ لأن النص الذي خصص العام أولاً لا بد أن يكون معللاً، وهذه العلة قد تتحقق في فرد آخر مما بقي بعد التخصيص، فكأن التخصيص الأول قد جعل كل فرد من أفراد العام الباقية محتملاً للتخصيص-١٥٦-، ولهذا الاحتمال لا تكون الدلالة قطعية. ومن الأمثلة على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء: ٢٤]. فهذا نص عام ولكن الرسول صلى الله عليه وسلم خصصه بقوله: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب". ففتح هذا التخصيص للمجتهدين باب تخصيص آخر فقاموا بالمصاهرة على النسب-١٥٧-، وحرّموا من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة، كما حرم النص من الرضاع ما يحرم من النسب.

التعليق "رقم-١٥٥-": مع القطع بعدم وجود المخصص وعدم وجود مصلحة في إخفائه.

الصدر

التعليق "رقم-١٥٦-": إلا إذا قطع بعدم مخصص آخر وعدم وجود مصلحة في إخفاء

الصدر

التخصيص فتكون دلالة قطعية فلا فرق بين العام المخصص وغيره في كون دلالة كل منهما قطعية مع القطع بعدم وجود مخصص في العام غير المخصص أو القطع بعدم وجود مخصص آخر في العام المخصص، وإنما يحصل القطع المذكور إذا كان المولى في مقام بيان مراده وكان متمكناً من ذلك ولم يكن في مقام يقتضى الإخفاء لتقية وشبهها، أما إذا حصل الظن بعدم وجود مخصص في العام غير المخصص أو مخصص آخر في العام المخصص فتكون الدلالة ظنية، وإذا لم يحصل القطع ولا الظن فالدلالة اجتماعية.

رأينا في "التعليق-١٥٥-، ١٥٦-": تشمل تعليقاته على آرائه الشخصية.

الشاوي

التعليق "رقم-١٥٧-": مر آنفاً أن فقهاء المذهب الجعفرى لم يعدوا القياس من أدلة

الصدر

الأحكام الشرعية ولم يعتمدوا عليه فلم يقيسوا المصاهرة بالنسب.

رأينا في "التعليق-١٥٧-": يشير إلى اتجاه الفقه الجعفرى لعدم الاعتماد على القياس في

الشاوي

جميع الأحكام الشرعية، وقد اعترضنا على ذلك من قبل - لأن القياس هو من أساليب الاجتهاد بمعناه الواسع أو استعمال العقل الذي صرح بأنه مصدر للتشريع عند الجعفرية ...

١٥٩ - ما يترتب على قطعية دلالة العام : ويترتب على القول
 بقطعية دلالة العام-١٥٨- الذى لم يخص نتيحتان مهمتان :
 النتيجة الأولى : أن العام فى نصوص القرآن والسنة المتواترة لا يخصه ابتداء
 قياس ولا سنة غير متواترة-١٥٩-؛ لأن كليهما ظنى الدلالة-١٦٠-، والظنى
 لا يخص القطعى-١٦١-، أما إذا خصص العام بقطعى فيصح بعد ذلك أن يخصه

الصدر تعليق "رقم-١٥٨-" مر ألفا أن دلالة العام لا تكون قطعية إلا مع القطع بعدم
 التخصيص وبعدم وجود مصلحة فى الإخفاء .

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٥٨-" تكرار لما قاله من قبل .
 الصدر تعليق "رقم-١٥٩-" : أما القياس فليس من الأدلة الشرعية فى نظر فقهاء المذهب
 الجعفرى فلا يعتمد عليه فى تخصيص ولا غيره .

أما السنة المعبرة قطعية الدلالة كانت أو ظنية فهى دليل شرعى، والرأى السائد عند فقهاء
 المذهب الجعفرى هو تخصيص الكتاب والسنة المتواترة بها، لأنها تكون قرينة على أن المراد بعض
 الأفراد دون الجميع فإن ما دل فى السنة على المنع من البيع الموجب للغرر يكون مخصوصا لقوله
 تعالى : ﴿وأحل الله البيع﴾، ومفسر له وكاشفا على أن المراد به عدا البيع الذى يوجب الغرر .

الصدر تعليق "رقم-١٦٠-" : مر عليك قريبا أن السنة غير المتواترة وإن كانت ظنية السند فإنها
 تفسر العام القرآنى والعام الوارد فى السنة المتواترة وتكشف عن اختصاصه بغير موردها .

وأما القياس فلا يمنع من التخصيص به ظنية دلالة بل المانع عدم ثبوت حجته وقيام الأدلة
 القطعية على عدمها ولو سلمت حجته فهو ليس من الأدلة اللفظية ليخصص به الكتاب أو السنة .

الشاوى رأينا فى "التعليقين-١٥٩-، -١٦٠-" : يشير إلى اتجاه الفقه الجعفرى لعدم الاعتماد على
 القياس فى جميع الأحكام الشرعية، وقد اعترضنا على ذلك من قبل، لأن القياس هو من
 أساليب الاجتهاد بمعناه الواسع - الذى يتسع لكل جهد عقلى - وقد قرر أن العقل هو
 المصدر الرابع للتشريع فى المذهب الجعفرى .

الصدر تعليق "رقم-١٦١-" : مر عليك قريبا أن العام ليس بقطعى الدلالة دائما، كما مر عليك
 ألفا أن الدليل القطعى الدلالة يمكن تخصيصه بدليل ظنى الدلالة إذا ثبت اعتباره، والعام
 الوارد فى القرآن والسنة المتواترة قطعى ولا ينافى ذلك تخصيص بدليل ظنى الصدور أو ظنى
 الدلالة ولا يخرج بالتخصيص عن كونه قطعى الصدور، وذلك لأن الخاص لا يعارض سند
 العام بل يكون شارحا ومفسرا له وقرينة على بيان المراد منه .

عوده قياس أو سنة غير متواترة ؛ لأن العام بالتخصيص الأول صار ظني
 الدلالة -١٦٢-، ومن ثم يصح تخصيصه بظني مثله .
 النتيجة الثانية : أن العام الذي لم يخصص إذا دل على حكم ودل نص خاص على
 خلافه فإنهما يتعارضان -١٦٣-؛ لتساويهما في أن كلا منهما قطعي الدلالة، فإذا
 خصص العام فإنه لا يعارض النص الخاص، لأنه يصير ظني الدلالة -١٦٤- فلا
 يعارض النص الخاص وهو قطعي الدلالة -١٦٥-، ويكون الترجيح للقطعي -١٦٦- .
 على أن البعض يرى أن العام ظني الدلالة في كل الأحوال، لأن استقراء -١٦٧-
 نصوص الشريعة دل على أنه لم يبق فيها عام على عمومته حتى اشتهرت هذه القاعدة
 "مامن عام إلا وخصص"

المصدر تعليق "رقم-١٦٢-" مر علينا قريبا أن العام في كلتا الصورتين ظني الدلالة إلا مع
 القطع بعدم تخصيصه مع عدم وجود مصلحة تمنع من إظهار التخصيص، وكيف يكون يا ترى
 قطعي الدلالة مع وجود دليل معتبر أخص منه يصلح لأن يكون مقسرا له وقرينة على
 اختصاصه ببعض الأفراد دون جميعها ؟

المصدر تعليق "رقم-١٦٣-"، واللازم تقديم الخاص لأنه يصلح لأن يكون قرينة على العام
 ومفسرا له ومخصصا له بغير مورد، كما مر آنفا، ولا يكون العام مع وجود خاص مفسرا له
 مقطوع الدلالة .

المصدر تعليق "رقم-١٦٤-" مر عليك قريبا أن العام في كلا صورتى تخصيصه وعدم تخصيصه
 ظني الدلالة إلا مع القطع بعدم تخصيصه وعدم وجود مصلحة في إخفاء التخصيص .

المصدر تعليق "رقم-١٦٥-" قد يكون الخاص قطعي الدلالة وقد يكون ظني الدلالة وهو في
 كلا الحالتين يقدم على العام ويكون مخصصا له ومبينا للمراد منه .

أما الخاص الظني الدلالة فمثاله ما لو ورد في الدليل: اشرب عصير الفواكه، وورد: لا تشرب
 ماء النومي، وشككنا في ماء النومي الحامض وهل هو من عصير الفواكه المأمور بشربه أو أنه من
 ماء النومي المبهى عن شربه، وكل من الدليلين يدل عليه بالإطلاق لاحتمال كون النهي مخصصا بماء
 النومي الحلو، فيكون الحامض مشمولا للعام، ويحتمل شمول الخاص له فلا يكون مشمولا للعام،
 فكل من الخاص للعام محتمل شمله لماء النومي الحامض وكل منهما دلالة عليه ظنية، ولكن الذي
 يستدل به ويؤخذ به هو الخاص وإن كان ظني الدلالة لأنه أظهر من العام في شموله للمشكوك فيه
 فيقدم على العام كما لو كان الخاص نصا فيه وكان: لا تشرب ماء النومي الحامض .

المصدر تعليق "رقم-١٦٦-" بل وإن لم يكن قطعيا كما مرت الإشارة إليه قريبا .

المصدر تعليق "رقم-١٦٧-" بل وحتى لو أغمضنا النظر عن هذا الاستقراء، فإن العام لا يكون قطعي
 الدلالة إلا مع القطع بعدم تخصيصه وعدم وجود مصلحة في إخفاء التخصيص كما مرت الإشارة إليه .

الشأوى رأينا في "التعليقات-١٦١- إلى -١٦٧-" كلها ترجح ما انتهى إليه فقيها من أن العام
 ظني الدلالة دائما .

عوده ويترتب على هذا الرأي أن العام من نصوص القرآن والسنة يختص
ابتداءً بالقياس-١٦٨-، وبالسنة غير المتواترة، وأنه إذا دل نص عام على حكم ودل
نص خاص على خلافه لا يتعارضان، بل يرجح الخاص لأنه قطعي الدلالة-١٦٩-، أما
العام فظني الدلالة، والقاعدة أن القطعي والظني لا يتعارضان لعدم تساويهما-١٧٠-،
وأن التعارض لا يكون إلا بين متساويين .

الصدر تعليق "رقم-١٦٨-": مر آنفاً أن الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري عدم
الاعتماد على القياس في جميع الأحكام الشرعية .

الشاوي رأينا في "تعليق-١٦٨-": يشير إلى اتجاه الفقه الجعفري لعدم الاعتماد على القياس في
جميع الأحكام الشرعية، وقد اعترضنا على ذلك من قبل، لأن القياس هو من أساليب الاجتهاد
بعناه الواسع .

الصدر تعليق "رقم-١٦٩-": بل لأنه مفسر وشارح وصالح لأن يكون قرينة عرفية على المراد
منه وإن لم يكن قطعي الدلالة كما مر عليك ذلك مراراً .

الصدر تعليق "رقم-١٧٠-": مر علينا قريباً أن العام مع احتمال وجود الخاص أو احتمال
مصلحة في إخفاء الخاص لا يكون قطعياً .

الشاوي رأينا في "تعليق-١٧٠-": أنه يشتمل على آرائه الشخصية .

الشاوي رأينا في "التعليقات السابقة": أنه يصر على أن العام لا يكون قطعي الدلالة إلا إذا وجد
دليل يقطع بعدم تخصيصه، وبذلك يعارض قول فقيها بأنه لا يوجد في نصوصنا عام لم يخص
وأما لذلك تكون ظنية دائماً .

وبدهشنا أنه بعد أن قرر هذا المبدأ وأصر عليه وجد وسيلة للخروج عليه في الحالات التي
وصفها بأنها "وجود مصلحة في إخفاء التخصيص" دون أن يقدم معياراً لوجود مثل هذه
الحالات سوى ما أشار إليه من وجود الثقة كمبرر لاستبعاد التخصيص، وبهذا أصبحت الثقة
وسيلة لتعطيل الآراء التي يتسببها إلى الأئمة المعصومين في نظرهم، ونحن نرى أن العصمة
والثقة متناقضان، وحجداً لو وجد من فقهاء الشيعة من يفسر لنا ذلك .
ولاشك أن "الثقة" تحتاج إلى مراجعة، وكذلك العصمة .

نرى أن الألفاظ العامة الأصل فيها أن تكون قطعية في شمولها لجميع أفرادها، لكنها قابلة للتخصيص كلما وجد دليل على ذلك ... وهذه القابلية تجعله ظني الدلالة؛ وهذا هو ما نرجحه، خصوصاً أنه يرى أن العام كله ظني الدلالة لأنه لا يوجد في نصوصنا لفظ عام إلا وقد خصص .

ويترتب على حسابان العام كله ظني الدلالة أنه يجوز تخصيصه متى وجد دليل اجتهدى من قياس أو ما يماثله من أساليب الاجتهاد ... أو سنة غير متواترة .

وهو يرى أن الدليل على تخصيص لفظ عام يجب في الأصل أن يكون في مستوى هذا النص من حيث قوته وحجته، لكن إذا تم هذا التخصيص فإن العام المخصص يصبح ظني الدلالة ولو كنا عذذناه قطعياً، قبل ذلك .

ولنعقد أن الاتجاه العام لدى السنة والشريعة هو أن العام ظني الدلالة في جميع الأحوال .

عُرْدَه ١٦٠ - تخصيص العام : يقصد من تخصيص العام صرفه عن عمومته وقصره على بعض ما يتأوله من الأفراد، بحيث لا يدخل تحت حكم النص إلا ما بقي من أفرادها بعد التخصيص، ولا يكون التخصيص إلا بدليل، وهذا الدليل على نوعين: دليل غير مستقل ودليل مستقل .

١٦١ - الدليل غير المستقل : هو ما كان جزءاً من عبارة النص العام، مثل الاستثناء الوارد في قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْخُسَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلَدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ * إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحو﴾ [النور: ٤، ٥].

١٦٢ - الدليل المستقل : هو ما لم يكن جزءاً من عبارة النص العام، وهو على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : المبادئ العامة للشرعية : فإنها تخصص العام من الأحكام الشرعية، كما في النصوص التي جاءت بتكاليف دون تخصيص، فإن هذه النصوص لا تنطبق إلا على من هم أهل للتكليف، أما فاقدو الأهلية كالمجانين والأطفال فلا تنطبق عليهم هذه النصوص طبقاً لمبادئ الشرعية العامة، فكانت هذه المبادئ العامة خصصت نصوصاً عامة من نصوص الشرعية.

النوع الثاني : العرف - ١٧١- : وقد يخصص العرف النصوص العامة فيحمل العام على ما يقتضي العرف بحمله عليه، مثل قوله عليه الصلاة والسلام: "لا قطع إلا في ربع دينار"، فقيمة الدينار - ١٧٢- تخضع للتقدير المتعارف عليه بين الناس .
النوع الثالث: النص الشرعي: فقد يخص النص العام بنص آخر، ولكن يشترط أن يكون المخصص في مرتبة العام المخصص من حيث قطعته أو ظنيته، - ١٧٣- أو أن يكون

الصدر تعليق "رقم-١٧١-": لا يُعَدُّ فقهاء المذهب الجعفرى العرف من الأدلة الشرعية ليخصص به العام، وإنما يعتمد على العرف في تفسير الدليل الشرعى اللازم جملة على المعنى العرفى.

الصدر تعليق "رقم-١٧٢-": لا يحتاج إلى العرف في تحديد قيمة الدينار لأنه محدد واقعاً، وهو مثقال ذهب خالص، وإنما يحتاج إليه في تقييم المسروق إن لم يكن من النقود، فما رآه العرف يساوى ربع دينار فما زاد يجب القطع فيه وما لم يكن كذلك فلا يكون سبباً للقطع .

الصدر تعليق "رقم-١٧٣-": مر عليك أننا أن الخاص المعتبر يقدم على العام وإن كان ظنى الدلالة لكونه قرينة عرفية على المراد من العام .

الشاوى رأينا في "التعليقات - ١٧١- - ١٧٣-" : يسرنا أنه لا اعتراض لدى الشيعة على دور المبادئ العامة للشرعية في تخصيص العام كما يرى فقهاءنا .

وإذا كانت التعليقات أرقام - ١٧١- و - ١٧٢- و - ١٧٣- تتجادل في دور العرف بحساباته دليلاً مستقلاً، فإنه في نظرهم يمكن أنه يفسر مضمون أى دليل شرعى آخر لكي يحمله على المعنى العرفى.

عوده

أعلى منه. وينبنى على ذلك أن نصوص القرآن يخصص بعضها بعضاً، وأن نصوص السنة يخصص بعضها بعضاً، إذا كانت كلها متواترة، أو كلها من أخبار الآحاد. ويخصص القرآن بالسنة إذا كانت متواترة، ولا يخصص بحديث غير متواتر أو مشهور، ولا يخصص حديث متواتر أو مشهور-١٧٤- بحديث من أخبار الآحاد؛ لأن القرآن قطعي، وفي حكمه الحديث المتواتر أو المشهور، أما خبر الآحاد فظني .

١٦٣- المقصود من التخصيص : يقصد من التخصيص إما بيان المراد من النص العام، وإما نسخ الحكم وإبطاله بالنسبة لبعض الأفراد دون البعض الآخر، والقاعدة-١٧٥- أنه لا يبين النص إلا ما كان في درجته أو أعلى منه . ولا ينسخه إلا ما كان كذلك .

المصدر

تعليق "رقم-١٧٤-": بل يخصص القرآن الكريم وكذا السنة المتواترة المشهورة بكل حديث معتبر وإن لم يكن متواتراً أو مشهوراً، وقد مر ألفاً عليك أن السر في ذلك عدم معارضة الخاص للعام بل هو قرينة عرفية يصلح لبيان فهم المقصود منه وإن كان الخاص ظنياً والعام قطعياً . رأينا في "تعليق-١٧٤-": أنه يعطى أهمية أكبر للأحاديث غير المتواترة وغير المشهورة، وهو أمر مشكوك فيه في نظرنا .

الشاوي

المصدر

تعليق "رقم-١٧٥-": مر عليك قريباً عدم ثبوت هذه القاعدة، وأن القرآن الكريم والسنة المتواترة تخصص بأخبار الآحاد التي ثبت اعتبارها .

أما النسخ فلا يثبت بالخبر الواحد لا للقاعدة المذكورة بل لإجماع المسلمين على ذلك. أما القرآن الكريم فإن الحكمة تمنع من أن تنسخ آية من آياته ولا يعمل بها لوجود آية أخرى منافية لها، فلا يمكن أن تكون في القرآن آية منسوخة لا يعمل بها لأن لازمه وجود التناقض بين آيات القرآن الكريم والله سبحانه وتعالى يقول : ﴿ألا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً﴾ [النساء: ٨٢] .

وكيف تكون في القرآن الكريم آية منسوخة لا يصح العمل بها بلا قرينة في نفس الآية أو بآية متصلة بها بخبر ينسخها، مع أن القرآن أنزل لهداية البشر وقد أمروا باتباعه والاقتداء به ؟ فأبانت القرآن الكريم لا تنسخ إلا بآية متصلة بها تكون قرينة على عدم لزوم العمل بما فيها وعلى نسخها، وله مثالان في القرآن الكريم .

الأول : قوله سبحانه وتعالى : ﴿يأيتها الذين آمنوا إذا لاجئتم الرسول فقدموا بين يدي نجواكم صدقة ذلك خير لكم وأطهر فإن الله غفور رحيم﴾ [المجادلة: ١٢] ، ﴿أأشفقتم أن تقدموا بين يدي نجواكم صدقات فإذ لم تفعلوا وتاب الله عليكم فاقبلوا الصلاة وآتوا الزكاة وأطيعوا الله ورسوله والله خير بما تعملون﴾ [المجادلة: ١٣] .

فقد ذهب أكثر العلماء إلى أن الآية الأولى منسوخة بالثانية. وإليك ما ذكره في المقام استاذنا سماحة الإمام السيد أبو القاسم الخوئي في تفسير البيان من ص ٢٦٣ - ص ٢٦٥، فقد قال دام ظله : =

"وقد استفاضت الروايات من طرق علماء الشيعة وحفاظ السنة أن الآية الأولى المباركة لما نزلت لم يعمل بها غير علي (ع)، فكان له دينار فباعه بعشرة دراهم فكان كلما ناجى الرسول (ﷺ) قدم درهما حتى ناجاه عشر مرات. روى ابن بابويه بإسناده عن مكحول قال: قال أمير المؤمنين علي بن أبي طالب (ع) : لقد علم المتحفظون من أصحاب النبي (ﷺ) أنه ليس فيهم رجل له منقبة إلا وقد شركته فيها وفصله، ولي سبعون منقبة لم يشركني فيها أحد منهم. قلت: يا أمير المؤمنين أخبرني بمن فقال (ع) أول منقبة... وذكر السبعين، وقال في ذلك: وأما الرابعة والعشرون فإن الله (ﷻ) أنزل على رسوله (ﷺ) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَاجَيْتُمُ الرَّسُولَ فَقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَةٌ﴾ [المجادلة: ١٢]. فكان لي دينار فبعته بعشرة دراهم، فكنت إذا ناجيت رسول الله (ﷺ) أتصدق قبل ذلك بدرهم ووالله ما فعل هذا أحد غيري من أصحابه قبلي ولا بعدي فأنزل الله (ﷻ) ﴿أَشْفَقْتُمْ﴾ [المجادلة: ١٣].

وروى ابن جرير بإسناده عن مجاهد قال : قال علي رضي الله عنه آية من كتاب الله لم يعمل بها أحد قبلي ولا يعمل بها أحد بعدي وكان عدي دينار فصرفته بعشرة دراهم فكنت إذا جئت إلى النبي (ﷺ) تصدقت بدرهم فنسخت فلم يعمل بها أحد قبلي ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَاجَيْتُمُ الرَّسُولَ فَقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَةٌ﴾ [المجادلة: ١٢].

قال الشوكاني: وأخرج عبد الرزاق وعبد بن حميد وابن المنذر وابن أبي حاتم وابن مردويه عنه أيضا قال: إن في كتاب الله آية ما عمل بها أحد قبلي ولا يعمل بها أحد بعدي آية النجوى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَاجَيْتُمُ الرَّسُولَ فَقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَةٌ﴾ [المجادلة: ١٢]، كان عدي دينار فبعته بعشرة دراهم فكانما ناجيت رسول الله (ﷺ) قدمت بين يدي نجوى درهما ثم نسخت فلم يعمل بها أحد فترلت ﴿أَشْفَقْتُمْ﴾ أن تقدموا بين يدي نَجْوَاكُمْ صدقات ﴿المجادلة: ١٣﴾. وتحقيق القول في ذلك أن الآية المباركة دلت على أن تقديم الصدقة بين يدي مناجاة الرسول (ﷺ) خير وتطهير للنفوس والأمر به أمر بما فيه مصلحة للعباد، ودلت على أن هذا الحكم إنما يوجب على من يجد ما يتصدق به أما من لا يجد شيئا فإن الله غفور رحيم. ولا ريب في أن ذلك مما يستقل العقل بحسنه وبحكم الوجدان بصحته فإن في الحكم المذكور نفعا للفقراء لأنهم المستحقون للصدقات وفيه تخفيف عن النبي (ﷺ) فإنه يوجب قلة مناجاته من الناس، وإنه لا يقدم على مناجاته بعد هذا الحكم إلا من كان حبه لمناجاة الرسول أكثر من حبه للمال. ولا ريب أيضا في أن حسن ذلك لا يختص بوقت دون وقت. ودلت الآية الثانية على أن عامة المسلمين غير علي بن أبي طالب عليه السلام أعرضوا عن مناجاة الرسول (ﷺ) إشفافا من الصدقة وحرصا على المال، ولا ريب في أن إغراضهم عن المناجاة يُفوت عليهم كثيرا من المنافع والمصالح العامة، ومن أجل حفظ تلك المنافع رفع الله عنهم وجوب الصدقة بين يدي المناجاة تقديمًا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة وعلى النفع الخاص بالفقراء، وأمرهم بإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة، وإطاعة الله ورسوله، وعلى ذلك فلا مناص من الالتزام بالنسخ وأن الحكم المجمعول بالآية الأولى قد نسخ وارتفع بالآية الثانية".

١٦٤- اللفظ الخاص : هو لفظ وضع للدلالة على فرد واحد بالشخص مثل محمد، أو واحد بالنوع مثل رجل، أو على أفراد متعددة محصورة مثل ثلاثة وعشرة

= هذا بعض ما ذكره أستاذنا الحنفي دام ظله. ولما كانت الآية الثانية متصلة بالأولى فلا محذور في أن تكون ناسخة للأولى لأن كل من قرأ الأولى يقرأها معها فلا يعتمد على الأولى ولا يعمل بها. الآية الثانية المنسوخة من القرآن الكريم هي قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ جَاهِدِ الْكُفْرَ وَالْمُنَافِقَ وَالْأَغْلَابَ﴾ [البقرة: ١٩٠]. القتال إن يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين وإن يكن منكم مائة يغلبوا ألفاً من الذين كفروا بأنهم قوم لا يفقهون* (الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفاً فإن يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين وإن يكن منكم ألف يغلبوا ألفين بإذن الله والله مع الصابرين) [الأنفال: ٦٥، ٦٦]. فقد حكمت الآية الأولى بحرمة الفرار وإن كان المشركون عشرة أضعاف المسلمين، ثم نسخ هذا الحكم لما ضعف المسلمون وصعب عليهم ذلك. ونسخ الآية الثانية للأولى متوقف على التناهي بين الآيتين وعدم نزولهما دفعة واحدة.

أما التناهي فواضح، وأما عدم نزولهما دفعة واحدة فهو الظاهر من سياق الآيتين المباركتين إذ لا معنى لأن يحكم في وقت واحد بحرمة الفرار وإن كان المسلمون عشر المشركين ثم يرفع هذا الحكم ويخفف عن الأمة قبل أن تعطى مجالا لامتناع هذا الحكم ولعصانه كما يشهد لذلك قوله سبحانه وتعالى ﴿الآن﴾ لما هو ظاهر في تغاير الزمانين، كما يشهد لذلك أخبار وردت من طرق ورواة الشيعة وحفاظ السنة تحذر عن عدم نزول الآيتين دفعة واحدة. والاعتماد على الأخبار ليس من إثبات النسخ بالخبر الواحد الذي قام الإجماع على بطلانه، وإنما هو إثبات تأخر نزول الآية الثانية الذي لا يُلزمه كون الآية الثانية ناسخة للأولى. ولا يمكن جعل الآية الأولى على الاستحباب لأن الحكم الاستحبابي لا إلزام فيه فلا صعوبة فيه ولا يكون ضعف الأمة موجبا لرفعه. ولقد أنكر أستاذنا الحنفي كون الآية الثانية ناسخة للأولى وذكر في الجزء الأول من تفسير البيان الطبعة الأولى ص ٢٤٢ ما يأتي: إن لازم كلام القائل بالنسخ أن المجاهدين في بدء أمر الإسلام كانوا أربط جأشا وأشد شكيمة من المجاهدين بعد ظهور الإسلام وقوته وكثرة أنصاره، وكيف يمكن القول بأن الضعف طرا على المؤمنين بعد قوتهم؟ ويرد على ما ذكره دام ظله أولا أن الآية المباركة ليست صريحة في طروء الضعف البدني عليهم بل يمكن أن يكون لهم من القوة ما يمكنهم مقابلة عشرة أضعافهم ولكن ضعف نفوسهم هو الذي أوجب نسخ هذا الحكم وارتفاعه.

وثانياً أن التاريخ يشهد أن المسلمين كلما زادوا وانتصروا ضعفت قواهم فقراهم في بدر لم يصيبهم خوف ولا جبن ونصرهم الله على أعدائه على قلة عددهم وسلاحهم وقوة الكفار وكثرة عددهم، ثم نراهم هزموهم في أحد، وخافوا في الخندق، وانسحبوا أولا عن خيبر ونكسوا في حنين.

وأما في "تعليق-١٧٥-": استطراد السيد الصدر للإفاضة في موضوع النسخ - والاختلاف بشأنه ليس خاصا بالشيعة إن أمله السنة يدور بينهم جدال كبير بشأنه كما بينا من قبل فلا داعي لتكرار ما قلناه في هذا الصدد.

عوده ومائة وقوم ورهط وجمع وفريق وغير ذلك من الألفاظ، التي تدل على عدد من الأفراد، ولا تدل على استغراق جميع الأفراد .

١٦٥ - حكم اللفظ الخاص : إذا ورد اللفظ الخاص في نص شرعي فإنه يدل دلالة قطعية لا ظنية على معناه الخاص الذي وضع له، مثل قوله تعالى : ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤] . وقوله : ﴿فكفّارته إطعام عشرة مساكين﴾ [المائدة: ٨٩] . فلفظ الثمانين والعشرة يدل دلالة قطعية على معناه، ولا تحتمل الثمانون أو العشرة نقصاً أو زيادة . لكن إذا قام دليل يقتضي تأويل اللفظ الخاص وإرادة معنى آخر منه وجب حمله على مقتضى هذا الدليل، كما تأولوا لفظ الشاة في قوله صلى الله عليه وسلم : " في كل أربعين شاة شاة"، فظاهر الحديث أنه لا يجزئ في زكاة الأربعين شاة إلا واحدة منها، ولا تجزئ قيمتها، ولكن حكمة التشريع والأصول العامة في التضمن تقتضي تأويل -١٧٦- هذا اللفظ وصرفه عن ظاهره؛ لأن الغرض من الزكاة دفع حاجة الفقراء، وهي تندفع بقيمة الشاة كما تندفع بالشاة، ومن ثم أول اللفظ على أن المقصود بالشاة شاة أو ما يعادل قيمتها . وعلى هذا الوجه تأولوا إطعام المساكين العشرة، قرأوا أنه يجوز إطعام واحد عشر مرات -١٧٧-، كما يجوز إطعام العشرة مرة واحدة .

الضد تعليق "رقم-١٧٦-" : الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري وإن كان جواز إعطاء قيمة الشاة بدلا من العين إلا أن ذلك لا للتأويل الذي ذكره المؤلف وإنما ذلك لأخبار معتبرة دلت على ذلك .

الضد تعليق "رقم-١٧٧-" : الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري عدم جواز ذلك لظهور الدليل في لزوم تعدد الفقير، وقد وافقهم في ذلك مالك والشافعي إذ نقل عتسما ابن رشد في كتابه بداية المجتهد الجزء الأول ص ١٨٤ أنهما قالاً : لا يجزئ إلا أن يطعم عشرة مساكين .

الشاوئ رأينا في "التعليقين-١٧٦-،-١٧٧-" : يشير إلى أن الفقه الجعفري يؤثر ما يسميه "الأخبار المعتمدة" على مجرد التأويل الاجتهادي، وفي ذلك تقييد لمجال الاجتهاد لا ترى له مسوغاً .

إذا كان اللفظ العام قابلاً للتخصيص دائماً فإن ذلك لا يكون إلا بدليل شرعي؛ سواء كان الدليل وارداً في النص العام ذاته أو كان مستمداً من مبدأ عام أو عرف أو نص آخر؛ ويشترط في هذه الحالة أن يكون هذا الدليل في مستوى يؤهله لذلك بأن يكون في درجته من حيث القطعية أو يكون أعلى منه.

وبعض الفقهاء يعدون التخصيص نوعاً من النسخ؛ ويغالون في ذلك مما يترتب عليه توسيع مجال النسخ، وهو ما لا نوافق عليه وما يعارضه كثيرون. ومشكلة النسخ تثير جدلاً لا حدود له، وليس هذا مجال البحث فيه.

ونحن نوافق فيما أورده عن حكم اللفظ الخاص إذ يرى أنه هو أيضاً يقبل التأويل إذا قصت بذلك حكمة التشريع والأصول والنظريات العامة كما في الأمثلة التي ذكرها.

وأدلة التخصيص من أهم موضوعات الفقه في نظرها، وخاصة منها ما يسميه الأدلة "المستقلة"، أي التي لم يرد بها نص التخصيص ولكن يستنبط مما سماه "المبادئ العامة في الشريعة"...

وقد سبق أن أشرنا إلى أن هذه "المبادئ العامة" هي أساس ما نحتاج إليه من "نظريات عامة"، وهو هنا يؤكد أنها يمكن أن تُعدّ دليلاً على تخصيص بعض النصوص العامة، وبذلك يشير إلى أهميتها العملية في تطبيق النصوص الشرعية، فلم تعد تلك النصوص مطلقة في عمومها كما يظن البعض، بل يجب أن يكون تطبيقها خاضعاً لتخصيصها بفعل "النظريات أو المبادئ العامة".

لهذا السبب، فنحن لا نعمل من الإشارة إلى أهمية "النظريات العامة" وخاصة في الحاضر والمستقبل لأنه لا يمكن تطبيق النصوص الشرعية إلا في إطارها - وسوف نجعل هذا المبدأ أساساً لما نقدمه من آراء وخاصة فيما يتعلق بما سماه "نظرية المساواة الإنسانية" أو نظرية مساواة المرأة بالرجل، فإن ما يقدمه بعض فقهاءنا من أدلة اجتهادية على بعض الأحكام التي استنبطوها إذا كانت تحمل بهذين المبدأين تكون غير مقبولة في نظرنا لضرورة الالتزام بها في تفسير النصوص القرآنية، ومن باب أولى في استنباطنا الأحكام الاجتهادية الفرعية.

واعتبار "العرف" أساساً لتخصيص النصوص العامة لا يقل في أهميته عن "النظريات" أو المبادئ العامة التي أشرنا إليها، وقد ذكر مثلاً لذلك "الدنانير" التي حُدّد نصاب حد السرقة بها في السنة النبوية، فقد أشار إلى أن قيمة الدينار تخضع للتقدير المتعارف عليه في كل زمن وكل مكان - وبناءً على ذلك فإننا نرى أن نصاب حد القطع في السرقة يجب أن يخضع للمتعارف عليه زماناً ومكاناً - ولا نوافق الذين يلتزمون في تقديره بالذهب لأن الذهب والفضة كلاهما ليست له قيمة ثابتة، فلا يجوز

الاعتماد عليهما في تحديد نصاب حد السرقة وإهمال العرف الذي يسير عليه الناس، خاصة ونحن في عصر النقود الورقية التي تختلف فيها قيمة الصرف من يوم لآخر، وأخذ العرف في حسابنا عند تطبيق النصوص أو تفسيرها أو استنباطها هو إحدى النظريات العامة في شريعتنا .

إذا كان البعض يُعدُّون التخصيص نسخاً - في حين يعارض ذلك كثيرون من المحدثين، فإن هذا الخلاف يدخل في نطاق المصطلحات ولا يغير شيئاً من الحقيقة، وهي أن التخصيص يحد من نطاق تطبيق اللفظ أو النص العام، سواء كان هذا التحديد نسخاً أو كان مجرد تحديد لنطاق تطبيق النص العام .

* * *

فيما يتعلق بالنص الخاص، فإنه أقر بجواز تأويله كلما قام دليل على معنى آخر . وبالنسبة للأمثلة التي ذكرها عن أعداد الجلدات في حد القذف أو عدد المساكين في الكفارة، فنحن نرى أن هذا العدد قد يكون المقصود منه الإشارة إلى الحد الأقصى بالنسبة للجزاء كما في الجلد - أو قد يقصد به الحد الأدنى الذي يجوز الزيادة عليه كما في الكفارة . فنحن لا نرى ضرراً في أن من يلتزم بالكفارة يمكن أن يزيد على عشرة مساكين، لأن الزيادة تطوع مستحب ولا ضرر فيها، خصوصاً إذا صار المأثور أقل بكثير مما تستلزمه ظروف الزمان والمكان .

لكن نرى أن عدد الجلدات المقرر بالنص هو الحد الأقصى للعقوبة الحدية وكل ما ورد في عدد جلدات الحد يشير إلى الحد الأقصى الذي لا يجوز تجاوزه حداً ولا تعزيراً - وإن كان يجوز إنقاصه في حالات التعزير عندما ما يكتفى بالتعزير لوجود شبهة . يلاحظ هنا أننا إذا طبقنا الجلد تعزيراً على نوع من القذف فمن الأفضل ألا نُعَدَّها جريمة قذف، لأننا نفضل أن توصف بذلك كلما كانت تستحق عقوبة حدية على أن يعطى لها اسم آخر ليكون جريمة أخرى أو معصية تستحق التعزير لا الحد إذا لم تتوافر شروط الحد، وهنا يمكن القول إن التعزير المستحق هو عقوبة جريمة أخرى غير مسمأة . إن نظرية التعزير كأصل عام عن الجرائم التي هي من جنس المعاقب عليها حداً أو قصاصاً، تحتاج إلى مزيد من البحث، لأن الحد أو القصاص هو تعزير من الله بنص شرعي، أما المعاصي التي تخرج عن هذا النطاق فالمعاقب عليها أو الجزاء هو تعزير فوضه الله للقاضي أو المجتهد .

١٦٦ - حالات اللفظ الخاص : للفظ الخاص حالات متعددة، فقد يرد مطلقاً، وقد يرد مقيداً، وقد يأتي في صيغة الطلب أى الأمر، وقد يأتي في صيغة النهي.

١٦٧ - المطلق والمقيد : المطلق هو ما دل على فرد شائع غير مقيد لفظاً بأى قيد، مثل مصرى، والمقيد هو ما دل على فرد مقيد لفظاً بقيد ما، مثل مصرى مسلم. وحكم المطلق أنه يؤخذ على إطلاقه، -١٧٨- إلا إذا قام دليل على تقييده، فإن هذا الدليل المقيد يصرفه عن الإطلاق ويعين المراد منه، كقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ١٧٨]. فإنه يفيد إطلاق القصاص في كل قتل متعمد، ولكنه قيد بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا يقاد والد بوالده". فصار المراد من الآية القتل المتعمد الحاصل من غير والد.

وإذا ورد اللفظ مطلقاً في نص شرعى ومقيداً في نص آخر، فإن كان الحكم الوارد فيهما متحداً، والسبب الذى بنى عليه الحكم متحداً، حمل المطلق على المقيد، وكان المراد من المطلق هو المقيد؛ لأن الاختلاف بالإطلاق والتقييد لا يتصور مع اتحاد الحكم وسببه. ومثل ذلك قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخُزْيُرِ﴾ [المائدة: ٣]. فلفظ الدم في هذه الآية مطلق. وقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خُزْيُرٍ﴾ [الأنعام: ١٤٥]. فلفظ الدم في هذه الآية مقيد، والحكم في الآيتين متحد وهو التحريم، والسبب متحد وهو أكل الدم.

أما إذا اختلف النصان في الحكم أو السبب، فلا يحمل المطلق على المقيد، بل يعمل بكل نص في الحالة التى وضع لها؛ لأن اختلاف الحكم أو السبب هو علة الإطلاق والتقييد، مثل قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمَنَةٌ وَدِيَّةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢]. وقوله: ﴿وَالَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْ نِسَانِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [المجادلة: ٣]. فالحكم واحد وهو تحرير الرقبة والسبب مختلف؛ لأنه في الأولى القتل، وفي الثانية المظاهرة. فاختلاف السبب ترتب عليه تقييد الرقبة بالإيمان، أى بأن يكون صاحبها مؤمناً تشديداً للعقوبة، ولم تقيّد الرقبة بشيء في حالة المظاهرة؛ لأن الفعل لا يقتضى التشديد فيكتفى فيها بعتق أى رقبة.

الصدر تعليق "رقم-١٧٨-": إذا كان التكلم مراداً لإفهام مراده ولم يكن يريد إجماله أو إهمال بعض تفاصيله.

الشامى رأينا في "تعلق-١٧٨-": مجرد تحفظ على عبارة الأصل.

١٦٨ - صيغة الأمر: إذا ورد اللفظ الخاص في صيغة الأمر أو في صيغة الخبر التي تعني الأمر، فإن اللفظ يفيد الإيجاب أى الإلزام بفعل المأمور به أو المخبر عنه، كقوله تعالى: ﴿فَاقْطِعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]. وقوله: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. فالأول يوجب قطع يد السارق، والثاني يوجب تربعص المطلقة ثلاثة قروء. ولكن إذا وجدت قرينة تصرف صيغة الأمر عن الإيجاب، أخذ بما تدل عليه هذه القرينة، كقوله تعالى: ﴿كُلُوا وَاشْرَبُوا﴾ [البقرة: ٦٠]، فإنه للإباحة. وقوله: ﴿إِذَا تَدَابَعْتُمْ بَدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاصْبِرُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فإنه للتدب. وكالتهديد في قوله: ﴿اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ﴾ [فصلت: ٤٠]. وكالتعجيز في قوله: ﴿فَاتُوا بِسُورَةٍ مِّثْلِهِ﴾ [البقرة: ٢٣]، وغير ذلك، مما تدل عليه صيغة الأمر بالقرائن، فإذا لم توجد قرينة فالأمر للإيجاب.

١٦٨م - صيغة النهي: إذا ورد اللفظ الخاص بصيغة النهي أو صيغة الخبر التي في معنى النهي، أفاد التحريم، أى طلب الكف عن فعل النهي عنه على وجه الإلزام، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمْلَاقٍ﴾ [الإسراء: ٣١]. وقوله: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ﴾ [البقرة: ٢١٧]. وإذا وجدت قرينة تصرف صيغة النهي عن معناها إلى معنى، آخر أخذ بالمعنى الذى دلت عليه القرينة، مثل قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا﴾ [آل عمران: ٨]، فهو للدعاء. وقوله: ﴿لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ تُبَدِّلْ لَكُمْ تَسْؤُكُمْ﴾ [المائدة: ١٠١]، فهو للكراهة.

إشارته إلى أقوال فقهاءنا بشأن الصيغ المتعددة للفظ الخاص تنتهي كلها بتوسيع مجال الاجتهاد أمام الفقهاء والمفسرين كلما وجد دليل أو قرينة تصرف الصيغة عن ظاهرها من الإطلاق - كما في الأمثلة التي ذكرها .

ويسرنا أنه أشار إلى دور القرائن في صرف صيغة الأمر عن "الإيجاب"، ولذلك فإننا نرى أن ما أشار إليه من أمثلة النصوص الموجبة للحد - مثل قطع اليد في السرقة - فيه تجوز، لأن الشارع الحكيم قرر مبدأ درء الحدود بالشبهات؛ فكلما وجدت شبهة امتنع الوجوب. والشبهة تثبت بالقرائن ... ولا يجوز حصرها .

والأمثلة التي ذكرها عن النصوص التي وجدت قرائن تصرف صيغة الأمر الواردة في القرآن الكريم إلى مجرد الإباحة - أو الندب - أو التهديد - أو التعجيز ... تجعلنا نعتقد أن القرائن تكفي لصرف الأمر عن الوجوب في جميع الحالات كلما وجدت، أي أن الاستثناءات التي ذكرها لا محل لها في نظرنا .

وما يقال عن الأمر يقال أيضا عن صيغة النهي، التي تفيد التحريم والتجريم إذا عدّنا النهي موجبا للعقاب. أما إذا كان المقصود مجرد التهديد بالمسئولية الدينية أمام الله يوم القيامة، فلا يحتاج إلى أن نصرفه عن التحريم .

الفرع الثاني

في القواعد التشريعية التي تراعى عند التفسير

١٦٩ - مالمية القواعد التشريعية : وضع علماء الأصول بعض القواعد التشريعية، التي يجب الإلمام بها ومراعاتها على كل من يتعرض لتفسير النصوص التشريعية. وقد استمدوا هذه القواعد من استقراء الأحكام التي جاءت بها النصوص وعلل هذه الأحكام، ومن المبادئ العامة للشريعة وروح التشريع، حيث تبين لهم أن الشارع أراد من الشريعة أن يحقق مقاصد عامة، وأن بعض النصوص شرعت لحماية حقوق الجماعة، والبعض شرع لحماية حقوق الأفراد (التي يهتم الجماعة حمايتها)، والبعض شرع لحماية حقوق الجماعة وحقوق الأفراد معا. فإذا راعى القاضي - ١٧٩ - أو الفقيه هذه الاعتبارات، كان له أن يجتهد في معرفة الأحكام ما لم يكن هناك نص صريح.

١٧٠ - مقاصد الشارع العامة من التشريع الإسلامي : لم يضع الشارع الأحكام الشرعية اعتباطا، وإنما قصد بها تحقيق مقاصد عامة. ولا يمكن أن تفهم النصوص على حقيقتها إلا إذا عرف مقصد الشارع من وضعها، لأن دلالة الألفاظ والعبارات على المعاني قد تختلف أكثر من وجه، والذي يرجح واحدا من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف على قصد الشارع. وقد تتعارض النصوص بعضها مع بعض، فلا يرفع هذا التعارض ولا يوفق بينها إلا معرفة ما قصده الشارع منها. فيجب إذن على كل باحث في التشريع الإسلامي أن يلم قبل كل شيء بمقاصد الشارع من التشريع، وأن يعرف الوقائع التي نزلت من أجلها نصوص القرآن، أو وردت فيها السنة لتساعده على فهم النص، وأسباب النزول والورود مبيحة في كتب التفسير والسنة. وقد حصر علماء الأصول مقاصد الشارع العامة من التشريع في ثلاثة مقاصد :

١٧١ - المقصد الأول : وهو حفظ كل ضروري للناس في حياتهم. والأمر الضروري هو ما تقوم عليه حياة الناس ولا بد منه لاستقامة مصالحهم، وإذا فقد اختل نظام حياتهم وعمت فيهم القوضى وانتشر الفساد.

تعليق "رقم ١٧٩ -" : ليس للقاضي أن يراعى هذه الأمور إذا لم يكن يجتهدا فقيها. رأينا في "تعليق ١٧٩ -" : يشير السيد الصدر إلى رأيهم في وجوب التزام القاضي غير المجتهد بما يقرره المجتهدون. ولكن ذلك لا يعنى القول بحرمان غير المجتهدين عموما من تفسير النصوص ماداموا يلتزمون بتطبيقها. لأنه لا يمكن إلزام المكلف بتطبيق النص مع حرمانه من فهمه وتفسيره.

الصدر

الشاوي

عودة

والأمور الضرورية ترجع إلى خمسة أشياء : (١) الدين . (٢) النفس . (٣) العقل . (٤) النسل . (٥) المال . وقد شرع الإسلام لكل واحد من هذه الضروريات الخمس أحكاما تكفل بإيجاده وإقامته - ١٨٠ - ، وأحكاما تكفل حفظه وصيانته، فكل حكم يكفل إقامة هذه الأمور الخمسة أو حفظها هو حكم ضروري .

١٧٢ - المقصد الثاني : توفير ما هو حاجي للناس . والأمر الحاجي هو ما يحتاج إليه الناس للتيسر واحتمال مشاق التكليف وأعباء الحياة، وإذا فقد لا يحتل نظام حياتهم ولا تعم الفوضى ولكن ينالهم الحرج والمشقة . فالأمور الحاجية بهذا المعنى تشمل كل ما يرفع الحرج، ويخفف مشاق التكليف، ويسر طرق التعامل .

١٧٣ - المقصد الثالث : تحقيق ما فيه تحسين لحال الأفراد والجماعة . والأمر التحسيني هو ما تقتضيه المروءة والآداب وسير الأمور على أحسن منهاج، وإذا فقد لا يحتل نظام حياتهم كما إذا فقد الأمر الضروري، ولا ينالهم حرج كما إذا فقد الأمر الحاجي، ولكن تكون حالهم مستكبرة في تقدير العقول الراجحة والفطر السليمة . والأمور التحسينية بهذا المعنى ترجع إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وكل ما يقصد به سير الناس في حياتهم على أفضل الطرق وخير المناهج .

١٧٤ - ترتيب المقاصد العامة من التشريع : الضروريات هي أهم المقاصد؛ إذ يترتب على فقدانها اختلال النظام والأمن وشيوع الفوضى . وتليها في الأهمية الحاجيات؛ لأنه يترتب على فقدانها وقوع الأفراد والجماعة في الحرج والعسر وتحميلهم المشقات . وتليها التحسينية، وفقدانها لا يترتب عليه تقويض النظام، ولا اختلال الأمن، ولا وقوع الناس في الحرج، وإنما يترتب على فقدانها الخروج على ما تستحسنه العقول، والبعد عن الكمال الإنساني . ومن ثم كانت الأحكام التي شرعت لحفظ الضروريات أحق الأحكام بالمراعاة، ثم تليها التي شرعت بتوفير الحاجيات، وهكذا .

المصدر

تعليق "رقم-١٨٠" : وهذه الأحكام كلها من الدين، لأن الدين هو الطريق الذي سته الله خلقه وأمرهم باتباعه في جميع أحوالهم وشؤونهم، فهو شامل لأحكام جميع الأمور الضرورية وغيرها وشامل لأحكام ما هو حاجي للناس ولأحكام ما فيه تسهيل لحال الأفراد والجماعة .

الشأوى

رأينا في "تعليق-١٨٠" : لا تجارى السيد الصدر في اعتراضه على قول فقيها: إن الأحكام المتعلقة بالضروريات الخمس التي ذكرها - تُعدّ أصولاً شرعية، لها أهمية تتجاوز الأحكام الفرعية المتعلقة بالحاجات والتحسينات .

وحجته أن الدين شامل لكل ذلك لا تعنى أن تكون جميع الأحكام في مستوى واحد من الأهمية ولا القول بأنه لا تفاوت أو ترتيب فيما بينها .

عوده ومن المقرر أن لا يراعى حكم تحسينى إذا كان من مراعاته إخلال بحكم حاجى، ولا يراعى حكم حاجى إذا كان من مراعاته إخلال بحكم ضرورى-١٨١- . ولذا أبيع كشف العورة إذا اقتضى هذا علاجاً أو جراحة؛ لأن ستر العورة أمر تحسينى، والعلاج أمر ضرورى . وأبيع تناول النجس للتداوى وفي حالة الضرورة؛ لأن المنع من النجاسات تحسينى، والتداوى ودفع الضرورة أمر ضرورى . وتجب الفرائض والواجبات على المكلفين ولو شق عليهم ذلك-١٨٢-، لأن الفرائض والواجبات من الضروريات، ورفع المشقة والخرج أمر تحسينى، فلا يراعى التحسينى إذا مس الضرورى .

والأحكام الضرورية لا يجوز الإخلال بها إلا إذا كانت مراعاتها تؤدي إلى الإخلال بضرورى أكثر أهمية. فالجهاد واجب لحفظ الدين؛ لأن حفظ الدين أهم من حفظ النفس، وشرب الخمر يباح لمن أكرهه على شربها أو اضطر إليه؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ العقل. وإذا كانت وقاية النفس من الهلاك في إتلاف مال الغير، كان للإنسان أن يبقى نفسه من الهلاك ويتلف مال غيره؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ المال-١٨٣- .

الصدر تعليق "رقم-١٨١-": لما كان الحكم الحاجى إنما شرع لما يحتاج إليه الناس للتيسر واحتمال مشاق الحياة، فلا يتقبل أن يخل بحكم ضرورى .

الصدر تعليق "رقم-١٨٢-": الأحكام الشرعية ضرورية وغير ضرورية على نوعين: نوع يلزم منه الحرج على غالب الناس كالجهاد والحقوق المالية، ونوع لا يكون حرجاً على المكلف كالصلاة مثلاً، وهذا النوع يرتفع عن المكلفين إذا صار حرجاً عليهم لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج : ٧٨] . فإن معنى هذه الآية المباركة أن أى حكم يكون حرجاً يرفعه الله عن الأمة ولا يكلفهم به، ويكون هذا الدليل باصطلاح علماء الأصول حاكماً على جميع الأدلة ومخصصاً لها بصورة عدم الحرج. أما الأحكام التى يلزم منها الحرج على نوع المكلف كالجهاد والحقوق المالية فلا ترفع بهذه الآية المباركة إلا إذا لزم منها حرج أكثر من الحرج الملائم لها.

الصدر تعليق "رقم-١٨٣-": فيباح له إتلاف مال الغير، ولكن يكون ضامناً له، لأن مال الغير حكيمين: أولهما: حرمة التصرف فيه، وثانيهما: ضمانه لو تصرف فيه وأتلفه.

فإذا توقفت حفظ النفس على إتلاف مال الغير، فإنه يباح له التصرف تكليفاً وترتفع حرمة التصرف في مال الغير، ولا يرتفع الحكم بالضمان بل يحكم بضمانه لعدم ما دل على ضمان من أتلف مال الغير سواء جاز له الإتلاف أو حرم عليه .

الشاوى رأينا في "التعليقات-١٨١-،-١٨٢-،-١٨٣-" ما يقوله السيد الصدر يؤكد نقدنا لما قاله في التعليق رقم-١٨٠- ويؤيد ما ذهب إليه فقيهنا في الأصل من أن هناك تفاوتاً يوجب إعطاء الأولوية لما يتصل بالضروريات .

ومع ذلك نزيد قوله بوجود الضمان في حالة إتلاف مال الغير لحفظ النفس - لأن الضرورات إنما تقدر بقدرها؛ فإذا استلزمت الضرورة إتلاف مال الغير فإنما لا تستلزم عدم التعويض عنه لصاحبه .

ما يسميه القواعد التشريعية في التفسير هي ضوابط استنباط الحكم من نصوص المصادر الإلهية عن طريق تفسيرها وفهم مقاصدها - ونحن نعلم أن التفسير هو مدخل الاجتهاد، بل هو أولى مراحل وأوسع مجالاته في نظرنا .

إننا نعلم هذا البحث إشارة البدء في مرحلة جديدة من مراحل الاجتهاد في الفقه؛ تتميز بما لسميه "التنظير"، أي محاولة بناء نظريات عامة على أساس المبادئ التي قررتها النصوص القرآنية؛ فلا يجوز بعد الآن الاكتفاء بالنظر إلى هذه النصوص على أنها مصدر لأحكام شرعية، بل لابد من أن تكون مفتاحاً لاستنباط المقاصد العليا للشرية لتكون نواة لنظريات عامة، وتستنبت منها أشجار باسقة ثابتة الأصول القرآنية، نامية "الفروع" والأزهار والثمار من الأحكام التي تمثل محصلات دورية في كل مرحلة من مراحل الحصاد التي توفر للمجتمع حاجاته المتجددة يواجه بها ما يستجد له من قضايا ومشكلات تختلف باختلاف الزمان والمكان وتزداد وتتضاعف بمرور العصور .

إننا نرى أن الاجتهاد هو صورة من صور التفسير الواسع للنصوص، وأن التفسير هو تعبير أولى عن أولى درجات الاجتهاد، وبذلك يستبعد ذلك الحاجز الوهمي بين علم التفسير وعلم الفقه؛ إذ تقوم النظريات العامة على أصول مستمدة من تفسير النصوص لنستنبط منها مبادئ ونظريات عامة تمدنا بالفروع التي تكون الفقه . إن القواعد اللغوية التي توسع في عرضها فيما سبق، أعدتنا لما يقدمه هنا مما يسميه "قواعد تشريعية"

وكما نرى، فإنه يقصد بذلك ما تعارف عليه فقهاؤنا من أن فهم النصوص لا يكفي فيه الرجوع لألفاظها ومعانيها اللغوية، بل يجب استقراء الأحكام لمعرفة "عللها" والمبادئ العامة للشرية وروح التشريع التي تقوم على أساسها "النظريات العامة" التي تحقق "مقاصد" التشريع .

* * *

وقد سبق أن قلنا إننا لا نقر القول بأن بعض النصوص شرعت لحماية حقوق الجماعة - لأننا نرى أن جميع النصوص لمصلحة المجتمع - ووجود نصوص تمس حقوق الأفراد أو تحميها فلا يعنى ذلك أنها خاصة بالأفراد، بل يكون لها وظيفة مزدوجة لمصلحة الجماعة والأفراد أيضا، وفي هذه الحالة كان يكفي في نظرنا قوله إن جميع النصوص (لا بعضها فقط) شرعت لمصلحة الجماعة وحقوق الأفراد معا، كل ما هنالك أنه يوجد تفاوت فيما يتعلق بمصالح الأفراد التي تحميها النصوص .

وما أورده عن "مقاصد الشارع الحكيم" يؤيد ما نقوله - لأن جميع هذه المقاصد الخمسة تهم الأفراد وتهم المجتمع بالدرجة الأولى - لأن المجتمع يهتم دائما بصيانة حقوق أفراد وحمايتهم - وانتماء الأفراد للمجتمع سببه ذلك .

والترتيب في الأولوية بين "الضرورات" والحاجيات والتحسينات يجب أن يضاف إليه أن نطاق كل من هذه الأقسام الثلاثة ليس له حدود ثابتة بل إن حدوده متطورة بتطور المجتمعات، فقد أصبح كثير من الحاجات ضرورية في عصرنا الحاضر وكذلك بعض التحسينات قد ارتفع إلى مستوى الحاجيات .

مثال ذلك أن العلم والتعلم كان ضروريا فيما مضى لكل فرد لمعرفة الخلال والحرام والعبادات والعقائد - لكنه الآن أصبح ضروريا لكل مجتمع لكي يستطيع أن يبني اقتصاده ودفاعه عن حدوده واستقلاله وعن حقوق مواطنيه . ولذلك فإن نطاقه قد اتسع أكثر من ذي قبل - وكذلك تهديد الطرق ووسائل الاتصالات الهاتفية والبرقية ووسائل الاعلام ... وهكذا .

* * *

وكما قلنا من قبل، فإن بناء النظريات التشريعية والتوسع فيها هو مرحلة متقدمة من التفسير والاجتهاد - وتزداد أهميته في عصرنا وفي المستقبل - وخاصة في نطاق التعازير . مثال ذلك أنه فيما مضى كان النص على عقوبة حدية للسارق والسارقة يُعدّ حكما خاصا بجريمة السرقة التي أفاض فقهاؤنا في شروطها وعقوبتها، ويجب علينا الآن أن نبني على أساسه نظرية شاملة للتعزير على جميع ألوان الاعتداء على الأموال - التي تسمى الآن جرائم الأموال - ويدخل فيها النصب وخيانة الأمانة واختلاس المال العام وجرائم الحريق والإتلاف - لأن النص إنما هو أساس مبدأ عام هو حرمة أموال الناس كما أن عقوبات القصاص أساس حرمة الدماء وسلامة الأبدان .

١٧٥ - موقوف الجماعة وموقوف الأفراد : أفعال المكلفين سواء كانت جرائم أو لم تكن، بعضها حق خالص لله، أو حق الله فيه غالب. وبعضها حق خالص للمكلف، أو حق المكلف غالب فيه .

وحين يعبر الفقهاء بما هو حق لله يقصدون ما هو حق للجماعة، وما قصد به تحقيق مصلحتها وحفظ النظام العام فيها، وقد جعلوه حقاً لله، لأنه لم يقصد به نفع فرد معين، وليس للأفراد حكماً أو محكومين حق إسقاطه أو العفو عنه أو إهمال إقامته .

ويعد من حقوق الله الخالصة أى من حقوق الجماعة العبادات، كالصلاة والصيام والزكاة وغيرها؛ لأن المقصود بها إقامة الدين، والدين في التشريع الإسلامى هو أساس نظام الجماعة العام، فكل ما يمس نظام الجماعة العام من عبادات أو غيرها هو حق خالص لله .

ويعد من حقوق الله الخالصة، أى: من حقوق الجماعة، الضرائب والعقوبات على الجرائم الماسة بالجماعة، كالزنا والسرقة والحراية، والعقوبات التعبدية كالكفارة وغير ذلك مما يمس حقوق الجماعة ويؤثر على أمنها ونظامها وتماسكها وقوتها .

وهناك أفعال تمس حقوق الأفراد ولكن حق الجماعة غالب عليها، كحد القذف؛ لأن الجريمة تمس الأعراض، ففي العقوبة عليها مصلحة خاصة للمقذوف كما أن في عدم التبليغ عنها مصلحة خاصة له أيضاً؛ لأن للقاذف أن يثبت صحة القذف، وإثبات ذلك قد يؤدي إلى إقامة حد الزنا على المقذوف. ولما كانت الجريمة تمس الأعراض، وتؤدي إلى التنازع والتعادي، وتشويه السمعة، وتلوين الأمهات والأولاد، والتشكيك في نظام الأسرة، جعل الحد حقاً لله، وغلب حق الله على حق المقذوف بحيث إذا أثبتت الجريمة فليس للمقذوف أن يتنازل أو يعفو، وإن كان له أن يبلغ عن الجريمة .

وهناك أفعال تمس حقوق الجماعة ولكن حق الفرد غالب فيها، مثل القتل، فإنه يمس أمن الجماعة ونظامها، ويمس الأفراد مأساساً مباشراً، والعقوبة عليه وضعت لحفظ مصالح الجماعة والأفراد، ولكن أعطى للفرد حق العفو عن عقوبة القصاص أو عقوبة الدية، فغلب بذلك حق الفرد على حق الجماعة^(١) .

والأفعال التي تمس حقوق الأفراد الخالصة هي التي تمس حقوقاً ترك للأفراد أن يستوفوها أو يتركوها، كتحصيل الدين، وحبس العين الموهونة، والمطالبة بالتعويض المترتب على فعل الخاطئ.

عوده

ومع أن الفقهاء يقسمون الحقوق إلى حقوق لله وحقوق للأفراد إلا أن الكثيرين منهم يرون بحق، أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعد حقاً لله تعالى أي من حقوق الجماعة ونظامها، لأن كل حكم شرعي إنما شرع ليمثل ويتبع، ومن حق الله على عباده أن يمثلوا وأوامره، ويحتسبوا نواهيها. ويعملوا بشريعته فكل حكم إذن فيه حق لله من هذه الوجهة. وإذا قيل إن حكماً ما يرتب حقاً مجرداً للفرد ففي ذلك كثير من التجاوز، ولا يُعدّ هذا القول صحيحاً على إطلاقه، وإنما يصح على تغليب حق العبد في الأمور الشخصية، كذلك فإن ما يُعدّ حقاً خالصاً لله يمس دون شك مصالح الأفراد إما عاجلاً أو آجلاً، لأن الشريعة إنما وضعت لتحقيق مصلحة العباد.

يكفي ما انتهى إليه في هذا البند من أن الكثيرين من فقهاءنا يرون "أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعد حقا لله تعالى، أيضا". وهذا يؤيد ما قدمناه من أن جميع الأحكام الجنائية مقررة لحماية حق الجماعة؛ وأنا لا نقر ما أشار إليه عندما قال: "إن بعض العقوبات مقررة لصالح الأفراد" إلا إذا قصد بذلك أن طلب تشديد العقوبة (لتكون قصاصا) أو التنازل عن ذلك مقرر لإطفاء جذوة الانتقام الفطرية لدى الأفراد - ومع ذلك فإن ذلك في ذاته لصالح أمن الجماعة واستقرارها وليس فقط لصالح المجنى عليه أو ولي الدم .

رأينا أن حق الله ثابت في كل حكم تشريعي - وإذا وجدت حقوق خاصة للجماعة أو للفرد - فهي تضاف إلى حق الله - ولا تنفي وجوده بل ولا تغلب عليه في نظرنا .

إن حق الجماعة هو مقصد كل حكم شرعي - وبخاصة الأحكام الجنائية - وإذا وجدت مصلحة معينة لفرد معين أو حق له فذلك لا ينفي حق الجماعة في الجزاء الجنائي في جميع الأحوال، ولا يصح القول بأنه يحل محله أو يستبعده ولا أنه يغلب عليه .

إن تقرير حق العفو أو إسقاط القصاص مثلا للمجنى عليه أو ولي الدم لا يعني أنه يحل محل الجماعة في حقوقها التي تستوجب فرض الجزاء عن الجريمة تعزيرا له - وكل ما هنالك أنه أعطى حقا خاصا به إلى جانب الحق الأصلي والأساسي للجماعة في "التعزير".

هذا كله في نطاق التشريع الجنائي؛ فكل أحكامه تقرر حقا لله وحقا للجماعة في الجزاء الجنائي تعزيرا. هذا هو المبدأ العام. ويضاف إليه أن بعض الأفعال ينشأ عنها إلى جانب ذلك حق إضافي واستثنائي لفرد معين، في تشديد العقوبة أو إجراء معين أو تصرف معين قرره الجماعة لأنه في نظرنا ضروري لمصلحتها وأمنها واستقرارها وإن كان في نفس الوقت لمصلحة أحد أفرادها الذين ترى إرضاءهم لمصلحتها هي، ولمصلحته كذلك .

سنعود لذلك بالتفصيل عند بيان أن "التعزير" هو الجزاء العام لكل الجرائم، وهو حق لله وحق للجماعة. أما القصاص أو الدية، فهما عقوبتان مشددتان متوقفتان على طلب المجنى عليه أو ولي الدم، لكن هذا التشديد يسقط إذا تنازل عنه من قرر لمصلحته ولا يعني ذلك سقوط "العقوبة" أو الجزاء الجنائي بل يصبح تعزيرا في النطاق الذي رسمه الشارع للتعزير، ويؤكد ذلك ما ذكره في نهاية البند - ١٧٥ - (ص ب/٢٢٥) فستلفت نظر القارئ له.

عوده ١٧٦- الاجتهاد: الاجتهاد-١٨٤- في الاصطلاح هو بذل الجهد للوصول إلى معرفة حكم شرعي، من دليل تفصيلي، من الأدلة التي يضعها الشارع للدلالة على الأحكام والقاعدة أنه إذا كان النص صريحاً قطعي الوجود والدلالة فلا مجال للاجتهاد فيه، ويجب تطبيقه بحالته؛ لأنه قطعي الوجود، أي: لا شك في وروده عن الله أو الرسول فليس وروده محل بحث. ولأنه قطعي الدلالة فليس معناه محل بحث. ومن هذا آيات الأحكام المفسرة والمحكمة مثل قوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور: ٢]. فلا مجال للاجتهاد-١٨٥- في معاقبة الزاني بالجلد،

المصدر تعليق "رقم-١٨٤-": كثر تعريف الاجتهاد في لسان فقهاء المذهب الجعفري. وأقدم تعريف له ما ذكره المحقق الحلبي في كتاب المعارج، فقد عرفه بأنه بذل الجهد في استخراج الأحكام الشرعية. وأحدث تعريف له ما ذكره أستاذنا الإمام أبو القاسم الخوئي في بحثه في النجف الأشرف بأنه ملكة تحصيل الحجج، والوظائف العملية شرعية أو عقلية. وهذا أرجح من التعريف الذي ذكره المؤلف لأن عملية الاجتهاد غير منحصرة في استخراج الحكم الشرعي بل هو شامل لمعرفة ما يجب عمله على المكلف حال عدم وجود الدليل الشرعي وما الذي يحكم به الأصل العملي الشرعي أو العقلي في ذلك الحال، كما أن عمل المجتهد هو تحصيل الحجج الشرعية سواء أوجبت معرفة الحكم الشرعي وأصبحت سبباً للعلم به أم لم تكن كذلك، فلذا لم يأخذ أستاذنا السيد الخوئي قيد المعرفة في تعريف الاجتهاد.

أشواي رأينا في "التعليقات-١٨٤-، -١٨٥-، -١٨٦-": نؤيد اتجاه الجعفرية إلى التوسع في مفهوم الاجتهاد على النحو الذي أشار إليه بدلاً مما ذكره فقيها من الإشارة إلى "الدليل التفصيلي"، ولا إلى "النص الشرعي". لذلك نؤيد اعتراضات السيد الصدر وحججه في هذه التعليقات، ونرى أن الاجتهاد واجب في جميع الأحوال ولتطبيق جميع النصوص بلا استثناء.

المصدر تعليق "رقم-١٨٥-": إن الآية المباركة وإن كانت صريحة في معاقبة الزاني بالجلد وفي عدد الجلدات إلا أن للاجتهاد فيها مجالا. أما أولاً ففي تحقيق الموضوع وهل هو مطلق الزاني والزانية أو بعض أفرادهما، وهذا متوقف على معرفة المراد من اللفظ الموضوع للطبيعة وهل يحمل على جميع الأفراد ما لم يقيد أو لا يحمل على الجميع إلا مع قرينة تشهد بذلك. وعلى القول بلزوم الحمل الموضوع للطبيعة على جميع الأفراد فيبقى الفحص في أنه هل للآية المباركة مقيد أم هي باقية على شمولها وعلى القول بعدم دلالة اللفظ الموضوع للطبيعة على الشمول إلا مع قرينة تثبت إرادة الشمول منه يبقى الفحص في أنه هل هناك قرينة تشهد على العموم أولاً قرينة هناك، وأن القرينة العامة التي ذكرها العلماء وأسموها بمقدمات الحكمة هل هي تامة أم ليست بتامة وما الذي يترتب على تماميتها.

عروده ولا في عدد الجلدات، وكذلك-١٨٦- لا اجتهاد في كل العقوبات المقدرة. ومثل الآيات القرآنية المفسرة أو الحكمة السنن المتواترة المفسرة . أما إذا كان النص ظني الورود أو الدلالة، فهو محل للاجتهاد، وللمجتهد أن يبحث في الدليل من حيث سنده وطريق وصوله إلينا، ومن حيث دلالة على معناه . ومجال الاجتهاد واسع في ما لا نص فيه. فاجتهد يبحث الواقعة التي لا نص فيها ليصل لمعرفة حكمها عن طريق القياس-١٨٧-، أو الاستحسان، أو الاستصحاب، أو العرف،

= وأما ثانياً فينبغي النظر في أن ما دل على لزوم رجم بعض الزناة هل يكون مقيدا لهذه الآية المباركة أو لا يكون مقيدا لها بل يحكم باجتماع العقابين. وأما ثالثاً فينبغي البحث في أن الحكم بالرجم هل هو على نحو الوجوب أو الاستحباب، وهذا متوقف على معرفة معنى صيغة الفعل، وهل تدل على الوجوب إلا مع القرينة على الوجوب وعلى تقدير دلالة على الوجوب إلا مع القرينة فيبحث المجتهد عن وجود القرينة الدالة على عدم الوجوب كما يبحث على القول بعدم دلالة على الوجوب إلا مع قرينة في أنه هل هناك قرينة تدل على الوجوب ليحكم بالوجوب مع وجودها وبعدم الوجوب مع عدم القرينة.

رأينا في "تعليق-١٨٥-": لزيد اعتراض السيد الصدر .

الشاوي **المصدر** تعليق "رقم-١٨٦-": لا يستغنى شيء منها عن الاجتهاد، كما يظهر ذلك في التعليقة السابقة وكذلك السنن المتواترة مع عدم القرينة .

الشاوي رأينا في "تعليق-١٨٦-": لزيد قوله من أنه لا يمكن الاستغناء عن الاجتهاد بحال من الأحوال، في أي ظرف من الظروف، لكن هناك تفاوتاً في درجاته.

كما أننا لزيد عدم التفرقة بين أساليب الاجتهاد سواء وصفت بأنها قياس أو استحسان أو استصحاب أو عرف أو مصالح مرسله ... فكلها صور من الاجتهاد أو أدوات له .

المصدر تعليق "رقم-١٨٧-": لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفرى على جميع الطرق التي ذكرها المؤلف عدا الاستصحاب .

أما القياس فقد مر الكلام فيه كما مر الكلام في العرف وأنه ليس طريقاً لمعرفة الحكم الشرعى وإنما يرجع إليه في فهم ألفاظ الكتاب والسنة .

أما الاستحسان فإن كان المراد منه ما عناه البيهقي من الاستحسان من أنه العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى، فلا يعتمد عليه فقهاء المذهب الجعفرى لعدم اعتمادهم على القياس، وليس هو من الأدلة ينظرهم ليجتهد إلى تخصيص أو تقييد. والاستحسان على التعريف الأول من أفراد القياس، وعلى الفرض الثاني مخصص له. وإن كان المراد من الاستحسان ما ذكره الشاطبي من المالكية من أنه العمل بأقوى =

أو المصالح المرسله، وهذا ممكن في المسائل المدنية والشخصية، وفي الإجراءات

= الدليلين، أو ما ذكره الطوفي من الخاتبة من أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص، فهو وإن كان مما يقول به الشيعة الجعفرية لأهم يعملون بأقوى الدليلين ويعدلون بالمسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة، إلا أنه لا مجال له في محل الكلام، لأن المؤلف فرضه مرجعا فيما لا نص فيه والنص هو الدليل. وإن كان المراد منه ما عرفه به ابن قدامة ثانيا بعد أن عرفه أولا بما يرجع إلى ما نقلناه عن الطوفي من أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله، وما عرفه به ثالثا من أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه، فإرد عليه بأنه لا دليل على حجية ما يستحسنه المجتهد بعقله وليس من الأدلة الشرعية عقل المجتهد. كما لا يصح للمجتهد أن يدخل عقله في معرفة الأحكام الشرعية، وإنما عليه أن يأخذها من الحجج الشرعية، وبألت شعري كيف يكون للمجتهد دليل لا يمكن من التعبير عنه، وأى دليل هذا وكيف ثبت حججه ١٢

وأما إن كان المراد بالاستحسان ما ورد عن السرخسي في مسوطه من تعريفه من أنه ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس، أو أنه طلب السهولة في الأحكام بما يطلى به الخاص العام، أو أنه الأخذ بالسعة ابتغاء الدعة، أو أنه الأخذ بالسماحة وانتقاء ما فيه الراحة، فلا دليل على حججه إذ ليس من عمل الفقيه أن يختار ما هو أوفق للناس أو ما فيه السهولة أو السعة أو السماحة أو الراحة، إذ ليس من وظائف المجتهد تشريع الأحكام بل وظيفته استخراجها من أدلتها سواء كانت أوفق للناس وكان فيها السهولة والسعة والسماحة والراحة أو لم تكن كذلك. وقد استدلل على الاستحسان بوجوه لا تنهض دليلا على حججه بالمعنى الذي أنكرناه، ولقد أجاد في مناقشتها العلامة السيد محمد تقى الحكيم في كتابه الأصول العامة للفقهاء المقارن قراجع.

وأما المصالح المرسله، فإن كانت كما عرفها به بعض الأصوليين بأنها الوصف الملائم لتشريع الحكم الذي يترتب على ربط الحكم به جلب نفع أو دفع ضرر ولم يدل شاهد من الشرع على اعتباره أو إلغائه. انتهى. فإن حجيتها متوقفة على القطع بوجود ملاك الحكم الشرعي الذي صار سببا لجلب النفع ودفع الضرر.

وأما إذا كانت كما عرفها به الأستاذ معروف الدواليبي بقوله: الاستصلاح في حقيقته هو نوع من الحكم بالرأى المبني على المصلحة، وذلك في كل مسألة لم يرد في الشريعة نص عليها ولم يكن لها في الشريعة أمثال تقاس بها، وإنما يبنى الحكم فيها على ما في الشريعة من قواعد عامة. إلخ. فتكون المصالح المرسله مأخوذة من الكتاب والسنة، فإن القواعد العامة في الكتاب والسنة لا ريب في العمل بها والاعتماد عليها وليست دليلا مستقلا وليست من الحكم بالرأى الذي لا يقول به فقهاء المذهب الجعفرى.

الجنائية، ولكنه غير ممكن في تقرير الجرائم والعقوبات؛ لأن الجرائم والعقوبات لابد ليها من النص الصريح، ولا يؤخذ فيها بالقياس أو غيره كما ذكرنا قبل-١٨٨-.

تعليق "رقم-١٨٨-": حال الجرائم والعقوبات حال غيرها من الأحكام الشرعية لابد فيها من دليل معتبر ولا يشترط فيها الصراحة بل يكفي فيها بالظهور، ومع عدم الدليل يرجع إلى أصول العلمية المثبتة أو النافية فلا مانع من الرجوع فيها إلى الاستصحاب وبه يحقق موضوع الحد الشرعي، ويمكن أن تمثل له مثال وهو: لو زنى إنسان ولم نعلم هل هو محصن ليستحق الرجم أو ليس بمحصن ليستحق الجلد، فإن كان سابقا محصنا نستصحب إحصائه ونقيم عليه الرجم، وإن لم يكن كذلك نستصحب عدم إحصائه ونقيم عليه الجلد.

وأما القياس، فلا يعتمد عليه فقهاء المذهب الجعفرى في جميع الأحكام الشرعية. نعم إذا صار سببا لحصول العلم فإن العلم يعتمد عليه من أى سبب حصل. وأما الاستحسان، فإن رأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى هو عدم الاعتماد عليه كما مر عليك قريبا إلا بناء على تفسيره بما نقل عن الشاطبى من المالكية من أنه العمل بأقوى الدليلين، فإن سيرة فقهاء المذهب الجعفرى وإن كانت العمل بأقوى الدليلين إلا أنه لا يكون دليلا مستقلا. وأما المصالح المرسلة، فإن كان المراد بها المصالح التى يدركها العقل فإن الاعتماد عليها متوقف على حصول القطع بها فى باب الجرائم والعقوبات وغيرها، كما أنه لا يصح الاعتماد عليها فى جميع أبواب الفقه إذا لم يقطع بها.

وأما إن كان المراد منها القواعد العامة: فمن البديهي أن فقهاء المذهب الجعفرى يعتمدون على كل قاعدة قام عليها دليل شرعى فى باب الجرائم والعقوبات وغيرها.

رأينا فى "تعليق-١٨٨-": ما قاله بالتسوية بين الأحكام الجنائية وغيرها لا يمكن قبوله على إطلاقه بالنسبة للعقوبات المقررة بنص شرعى - لأن النصوص الجنائية هى أحكام استثنائية بخلاف الأحكام الشرعية الأخرى، ولذلك لا يجوز التوسع فى تطبيقها بل يجب الالتزام بالتفسير الضيق لها حتى ولو أدى ذلك إلى عدم توقيع العقوبة المقررة على من يحتمل أنه مذنب، لأن العقوبات القضائية أو الدلوية ليست هى الأصل وأن المعتمد هو العقاب الأخرى الذى يفرضه الله سبحانه وتعالى الذى لا يخفى عليه خافية. وإذا كان بعض الجناة قد يقلعون من القضاء الجنائى فهذا احتمال وارد دائما، لكن الجزاء الأخرى سيكون كافيا فى عقيدتنا القائمة على الإيمان بالحساب والجزاء يوم القيامة. وقد قلنا دائما إن النصوص المقررة للعقوبات الجنائية المقررة (سواء كانت القرآن أو السنة أو التقنين أو كتب الفقه) التى يحكم بها القضاء ذات طابع استثنائى لأن الأصل فى كل إنسان هو البراءة وقد أوجب الله حل حال الناس على الصلاح، وإفلات مجرم من العقاب القضائى أهون عند الله من إنزال عقوبة على بئىء....

وعلى ذلك فإن كل ما ورد فى هذا التعليق لا يؤيده، مع سرورنا بإشارته إلى أن القواعد العامة فى المسائل الجنائية معتمدة كما فى غيرها من المواد.

كل ما قاله هنا يؤيد ما قدمناه من قبل، وأقرهما ما قلناه من أن الفرق بين التفسير والاجتهاد هو أن الأول قد يتعامل مع النص مباشرة أما الثاني فيتعامل معه من خلال المنايع والمقاصد العليا التي تربط النظرية العامة بالأحكام الفرعية التي تستمد من أصولها. وفي نظرنا أن الاجتهاد واسع النطاق متعدد الأهداف، ومن بين أهدافه استنباط النظريات العامة والمبادئ الأساسية. ولذلك لا نوافق على القول بأن غرضه دائما هو معرفة حكم شرعي من دليل تفصيلي كما ورد في المتن.

كذلك لا نوافق على استبعاد ما عبر عنه بالآيات المقسرة أو النصوص المحكمة من نطاق الاجتهاد؛ لأن هذه الآيات يمكن اتخاذها قاعدة لبناء نظريات عامة. وقد أشرنا من قبل إلى أن عدد الجملدات يمكن عدّه الحد الأقصى للعقوبة التي يمكن أن تصبح تعزيرية وتقل عن ذلك لتصبح تعزيرا إذا وجدت شبهة تسقط الحد. كما أن النص على عقوبة السرقة يقرر مبدأ عاما ونظرية شاملة لحرمة أموال الناس وعُدّ كل اعتداء عليها معصية تستحق التعزير مهما تكن صورة العدوان أو طريقته وبخاصة ما يستحدث منها في المستقبل مما لم يراجع أسلافنا في الماضي، مثل بعض جرائم التزيف والتزوير واختلاس المال العام وهكذا.

إن القول بأن جميع النصوص الخاصة بالعقوبات المقدرة (حدا أو قصاصا) تخرج عن نطاق الاجتهاد إنما ينتج عن القول بأن هدف الاجتهاد الوحيد كما يقول هو استنباط الأحكام الفرعية مباشرة من دليل تفصيلي. لكننا نعتقد بأن بناء النظريات والمبادئ العامة هو من أهم مهام الاجتهاد في الحاضر والمستقبل - وفي هذه الحالة فإن جميع النصوص سواء كانت واضحة أو غامضة عامة أو خاصة مجرمة معينة يشملها نظر الفقيه الاجتهاد ويستفيد منها في استنباط النظريات وليس الأحكام التفصيلية فقط.

والحق أن ما يقول به هو ما جرى عامة الفقهاء على قوله - فهو لم يفعل إلا أن كرر ما يقولونه من أن هدف الاجتهاد هو استنباط الأحكام الفرعية - ويقصدون بذلك استنباطها بطريق مباشر من نص أو دليل تفصيلي - في حين أننا قلنا بأننا في مرحلة التنظير نوجه هم الفقهاء إلى الاستنباط غير المباشر - الذي يكون له مرحلتان:

الأولى : - بناء النظريات واستنباط المبادئ العامة - وفي هذه المرحلة يشمل البحث جميع النصوص دون استثناء ما يُعدّ من النصوص المحكمة أو الواضحة - لأنها كلها تشير من قريب أو بعيد إلى أصول عامة ونظريات شاملة مثل نظرية حرمة المال أو حرمة النفوس والدماء وسلامة الأبدان، أو نظرية حرمة الأسرار التي بنينا عليها أحكام التفتيش.

الثانية : - هي استنباط الأحكام وبخاصة ما يتعلق بالتعازير في إطار تلك النظريات مع مراعاة ما يقع بين مقتضياتها من تداخل أو تعارض يستلزم جهدا كبيرا لإعمالها معا والتوفيق أو التنسيق بينها والوصول إلى الحكم الشرعي العادل الذي يوفق بين مقتضياتها وبين مقاصد الشريعة الغراء . . .

١٧٧- كلمة متنامية عن قواعد التفسير. هذه هي القواعد العامة للغوية والتشريعية التي وضعها الفقهاء للاهتمام بها في تفسير النصوص، على القاضي أن يستعين بها في تفهم النصوص، ومعرفة مراميها، وما يدخل تحتها. كما أن هذه القواعد تعينه على معرفة النص الواجب التطبيق ومدى سلطته في تفسير النص أو إعماله، أو إبطاله. وإذا كان للقاضي -١٨٩- المدي أن يطبق هذه القواعد بتوسع، وأن يجعل للقياس والعرف والعدالة وغير ذلك من الاعتبارات مكانا عند تفسير النص وتطبيقه -١٩٠-، فإن القاضي الجنائي مقيد بأن يحصر اجتهاده في تفسير النص وتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه. فليس له أن يخلق جريمة أو عقوبة من طريق القياس أو العرف أو الاستحسان -١٩١-، ولو كانت الواقعة المعروضة عليه مما ينفر منها الخلق الفاضل -١٩٢-. وليس للقاضي الجنائي أن يخالف النص الصريح مهما كانت الظروف والاعتبارات، وعليه أن يراعى في كل الأحوال مبدئين شرعيين أساسيين: أولهما قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ادروا الحدود بالشبهات". وثانيهما: قوله: "إن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة". وستكلم عن هذين المبدئين فيما يلي:

تعليق "رقم-١٨٩-": إذا يكون للقاضي تطبيق القواعد وتفسيرها إذا كان مجتهدا
تعليق "رقم-١٩٠-": لا يضح للفقهاء الاعتماد على القياس إلا إذا حصل له بواسطة القطع بالمراد من هذه القواعد.

وأما العدالة فإنما هي في تطبيق الأحكام الشرعية كما أمر الشارع.

وأما العرف فيرجع إليه في فهم معاني الأدلة اللفظية التي هو حجة فيها.

رأينا في "التعليقين-١٨٩-، -١٩٠-": سبق أن عرضناه مرارا.

تعليق "رقم-١٩١-": لأن القياس ليس بحجة مطلقة والعرف إنما يكون حجة في فهم الأدلة في خلق جريمة أو عقوبة خاصة، وأما الاستحسان فقد عرفت أننا عدم اعتماد فقهاء المذهب الجعفرى عليه إلا إذا كان بمعنى الاعتماد على أقوى الدليلين، ويكون حينئذ عملية ترجيح لأحد الدليلين على الآخر ولا يمكن أن يكون سببا لخلق جريمة أو عقوبة جديدة.

تعليق "رقم-١٩٢-": إلا إذا حصل له القطع بأن الشارع يكره هذه الواقعة فله أن يحكم بحرمتها واستحقاق العقاب عليها.

رأينا في "التعليقين-١٩١-، -١٩٢-": تحفظاته بالنسبة للقياس أو العرف أو الاستحسان مقبولة وصحيحة في نطاق العقوبات المقررة حدا أو قصاصا. أما في نطاق التعازير فإن للمجتهد مجالا أوسع في التقدير.

إذا كان كل ما قلناه سابقا هو مبادئ عامة لتفسير النصوص في جميع فروع التشريع، فإننا الآن بصدد مبدأ خاص بنصوص التشريع الجنائي بحسبانه تشريعا استثنائيا لا بد أن يحصر تطبيقه في مجال ضيق لا يقبل التوسع - وأول ما يتميز به أن القاضى وحده هو الذى له الحق في تطبيقه.

والتضييق في نطاق العقوبات الجنائية أمر تفرضه الطبيعة الدينية لشريعتنا؛ التي تعتمد أساسا على تربية الأفراد على الإيمان بالله وبالجزاء الأخروي يوم البعث. أما تطبيق العقوبات الجنائية فهو أمر تكميلي بل استثنائي وإضافي - وليس هو الأساس في تهذيب البشر وإصلاحهم؛ لذلك فإن تعطيل تطبيق العقوبات الجنائية على بعض المخطئين أو المتحرفين أو المجرمين الذين لم يستطع القضاء توقيع الجزاء الجنائي عليهم - فلا يظنون أنهم أفلتوا نهائيا من الحساب أو الجزاء؛ فالجزاء الأخروي ثابت ومؤكد وله الفاعلية الكبرى في ردعهم.

إن العقوبات الجنائية في مجتمعنا أمر ثانوي استثنائي، لأن شريعتنا تعتمد في مكافحة الجريمة على "التقوى"، أى خشية الله واتقاء العقاب الزاجر يوم الحساب... بخلاف "القوانين الوضعية"، فليس عندها مقاومة الجريمة إلا القوانين - بل والقوانين الجنائية... ولذلك لا تتقف عند حد في فرض تلك العقوبات، بل والمبالغة والإسراف فيها بصورة مخيفة كثيرا تستغلها النظم الاستبدادية.

إن الميزة الكبرى في شريعتنا هي أنها لا تقوم على أساس الاعتبارات الدلوية مثل القوانين البشرية التي تُعَدُّ أن الضمان الوحيد لنظام الجماعة أو حقوق الأفراد هو سلطان الدولة وما تفرضه من العقوبات الجنائية أو الإجراءات النظامية، ولذلك تنساق الدول في طريق الإسراف في فرض العقوبات والقوانين والتدابير الجنائية، وتنساق كثير من النظم في سياسة البغى والظلم التي تبيح للحكام في كثير من الأحيان القتل والاغتيال، بل والإبادة الجماعية.

أما شريعتنا السمحاء، فهي تقوم على مقاومة الفساد والانحراف والجرائم أولا بالتربية والتهذيب والأخلاق وعقيدة الجزاء الأخروي والبعث والنشور والحساب أمام الله - أما تطبيق العقوبات الجنائية قضائيا، فهي تدابير محدودة الأثر ومكملة فقط - ولذلك نتائج مهمة مثل مبدأ درء الحدود بالشبهات، وفتح باب التوبة وأثرها في تخفيف العقوبات أو إسقاطها.

عوده

١٧٨- السبأ الأول : درء الحدود بالشبهات : القاعدة العامة في الشريعة أن الحدود تدرأ بالشبهات، والحدود هي العقوبات المقدرة، ويدخل تحت الحدود العقوبات المقدرة لجرائم الحدود، والعقوبات المقدرة لجرائم القصاص والدية، أما العقوبات المقررة لجرائم التعازير فلا تعد حدوداً؛ لأنها عقوبات غير مقدرة^(١). والأصل في هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ادرعوا الحدود بالشبهات"، فعلى هذا الحديث الذي تلقته الأمة بالقبول، وأجمع عليه فقهاء الأمصار قامت القاعدة. وقد عمل الصحابة بما بعد وفاة الرسول، فروى عن عمر بن الخطاب -١٩٣- أنه قال: لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلى من أن أقيمها بالشبهات. وروى عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر أنهم قالوا: إذا اشتبه عليك الحد فادراه. وليس في الفقهاء من ينكر قاعدة درء الحدود بالشبهات إلا الظاهريون، فإنهم يرون أن الحد لا يحل درؤه بالشبهة، ولا يسلّمون بصحة ما روى عن الرسول والصحابة^(٢).

تعلیق "رقم-١٩٣-": لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري إلا على الروايات المروية عن معتقدون بعصمته، وهم النبي (ﷺ) وأهل بيته المعصومون (ع) وإن رويت عن الصحابة ما لم تكن متصلة بالنبي (ﷺ). إن الشيعة الإمامية مع احترامهم للصحابة واعتقادهم أن الصحة الحقيقية للنبي (ﷺ) من أعظم ما يوجب الرفعة والجلال، إلا أنه لم يثبت عندهم عصمة الصحابة بل ولا اجتهادهم وعدالتهم، ولو ثبت اجتهاد بعضهم وعدالتهم لما كان يكون رأيه حجة على خصوص مقلديه إذ لا يمكن مجتهد أن يستدل برأى مجتهد آخر، فما روى عن عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة لا يكون دليلاً عند فقهاء المذهب الجعفري.

رأينا في "تعلیق-١٩٣-": إنكار السيد الصدر عصمة الصحابة صحيح، ولا يستثنى أهل السنة من ذلك آل البيت كما يقول الجعفرية.

أما أن ينكر عدالتهم واجتهادهم ففيه غلو لا محل له، ويكفي القول بأنها لا تلزم المجتهدين الآخرين؛ ولكن من حق كل مسلم أن يقلدهم بل وأن يرجح آراءهم على ما يخالفها من أقوال المشايخين بسبب صحبتهم للرسول لا لسبب العصمة التي لا أساس لها في نظرها.

(١) راجع الفقرات ٥٩، ١٠٣، ٤٤٠.

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٣٩.

عوده

والآثار الكثيرة المروية عن الرسول والصحابة تؤيد صحة هذه القاعدة - ١٩٤ -
من ذلك أنه لما جاء معترف بالزنا للرسول، قال عليه السلام : "لعلك قبلت،

النص

تعليق "رقم-١٩٤-": استفاد من الحديث الذي مر علينا قريبا ولبيان صحة تأييد
ماسيذكرة المؤلف من الآثار لهذه القاعدة، لابد من شرح هذه القاعدة المباركة وذلك يشرح
الرواية التي هي الأساس لها على نحو الإجمال، فنقول بعد الاستعانة بالله سبحانه وتعالى: إن
المعاني المحتملة للحديث المبارك (تدراً الحدود بالشبهات) أحد أمور ثلاثة :
أولها : أن يكون المراد أن الفاعل للجريمة لو كان لديه شبهة يتوهم لأجلها إباحتها بالفعل،
فإن ذلك يكون دارنا للحد ورافعا له .

ثانيها : أن يكون المراد أن الحاكم إذا لم يقطع بالجرعة وحصلت عنده شبهة في وقوعها،
فإنه لا يصح له إقامة الحد على المتهم .

ثالثها : أن يكون المراد كلا المعنيين . ومن البديهي أن العبارة إذا أمكن أن يراد بها كلا
المعنيين فلا تخصيص بأحدهما مالم تكن ظاهرة ولو بواسطة قرينة خارجية في أحد المعنيين، ولكن
الظاهر من الرواية خصوص المعنى الأول لأن ظاهر قوله (ع) الحدود تدراً بالشبهات أن سبب
الحد ثابت وأن الشبهة تكون رافعة له، والشبهة عند الحاكم تمنع من تحقق موضوع الحد
خارجاً فلا بد وأن يراد به الشبهة في مقام العمل .

ثم إن الشبهة عند الحاكم إن اجتمعت مع الثبوت الشرعي، فلا يمنع من إقامة الحد على
المجرم باتفاق كلمة علماء المسلمين. ولو كانت الرواية شاملة للشبهة عند الحاكم أو مختصة بها
لما جاز للحاكم إقامة الحد، ولم يذهب إلى ذلك أحد من المسلمين. ولو لم تجتمع الشبهة مع
الثبوت الشرعي فلا ريب في عدم إقامة الحد الشرعي بلا حاجة إلى هذه القاعدة، ولا يمكن
تخصيص القاعدة بهذه الصورة لأن ظاهرها تأسيس حكم لم يكن لولاها.

وقد ظهر مما ذكرناه أن الآثار التي استشهد بها المؤلف على القاعدة لامساس لها بما لأن تشكيك
النبي العظيم (ﷺ) والإمام على (ع) إنما كان لأجل التأكد من إقراره خشية أن يكون إقراره تسرعاً
وتخيلاً، ولما لم يكن الاعتراف الواحد كافياً لإثبات حد الزنا ولا حد السرقة يشترط في الأول تكراره
أربعة، وفي الثاني تكراره مرتين فلا يثبت كل منهما بالاعتراف الأول فلا يكون تشكيك بعد الثبوت
كما هو واضح.

الشأن

رأينا في "تعليق-١٩٤-" : لاناوفاق على تفسير قاعدة درء الحدود بالشبهات بأنها خاصة
بالعقوبات الحدية، بل الأولى أن المقصود بها جميع العقوبات الجنائية بما في ذلك التعازير مع استثناء
التعزير الوقائي الذي لا يشترط فيه ثبوت الجريمة - ويمكن للقاضي أن يحكم به في حالة وجود الشبهة.
كما أننا لانفرق بين الشبهة التي تشكك في توافر المسؤولية الجنائية (أو القصد الجنائي أو غيره من
أركان الجريمة أو شروطها) وما يشكك في وقوع الجريمة أو في أدلة ثبوتها... فكلها تمنع العقاب.
والأمثلة التي ذكرها فقيها تأييد وجوب التوسع في مفهوم الشبهات وأسبابها.

عودة لعلك لمست، لعلك غمزت". كل ذلك يلقيه أن يقول نعم بعد إقراره بالزنا. وحيء له بسارق معترف بالسرقة فقال له: "أسرقت ما إخاله سرق؟". ولما جاءت الغامدية مقرة بالزنا، قال لها لحوا من ذلك. فهذه جرائم من جرائم الحدود، كان الدليل الوحيد فيها على الجريمة هو الإقرار، وكان الرسول يلقي المقر أن يعدل عن إقراره، ولولم يكن للعدول أثره في درء الحد لما أوحى به الرسول للمقر. أما كيف يدرا العدول الحد فذلك أن الإقرار هو الدليل الوحيد في القضية، والعدول عن الإقرار شبهة في عدم صحة الإقرار، والحدود تدرا بالشبهات. ولما جاءت شراحة الممدانية معترفة بالزنا لعلی رضی الله عنه، قال لها: لعله وقع عليك وأنت نائمة؟ لعله استكرهك؟ لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه؟ وما كان علی يقصد من هذه الأسئلة إلا ما قصد الرسول عليه السلام. ومن أجل ذلك يرى بعض الفقهاء - ١٩٥ - أنه يستحب للمقاضي أن يعرض للمقر بالرجوع عن الإقرار^(١) إذا لم يكن ثمة دليل إلا الإقرار.

الصدر تعليق "رقم - ١٩٥ -": إن فقهاء المذهب الجعفری وإن قالوا باستحباب ذلك إلا أنه ليس للقاعدة المذكورة كما عرفت من اختصاصها بعروض الشبهة للفاعل، وإنما ذهبوا إلى ذلك اقتداء بسيرة النبي (ﷺ) ووعية أمير المؤمنين علی عليه السلام.

الشافعی رأينا في "تعليق - ١٩٥ -": لا توافق علی ما ذهب إليه السيد الصدر من الاكتفاء بما يغذه من الأخبار المصعدة بدلا من تطبيق مبدأ درء الحدود بالشبهات في حالة العدول عن الإقرار الذي لا يؤيده دليل آخر... والأولى أن تمهّد هذه الأخبار تطبيقا وتأكيدا للمبدأ العام - وهو درء الحدود بالشبهات - ليكون التطبيق أعم وأشمل...

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢١.

١٧٩- تعريف الشبهة: الشبهة هي ما يشبه الثابت وليس بثابت^(١) -١٩٦-
أو هي وجود الميخ-١٩٧- صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته^(٢). ومن الأمثلة على
الشبهة:

- ١ - شبهة الملك في سرقة الملك المشترك . فمن سرق مالا يشترك فيه مع آخر
يدرأ عنه الحد-١٩٨-؛ لأن السرقة هي أخذ مال الغير خفية؛ ولأنه لم يأخذ مالا
خالصا للغير، إنما أخذه متلبسا بماله .
- ٢ - شبهة الملك في سرقة الأب من ابنه، فالأب حين يأخذ خفية مال ولده
ينطبق عليه تعريف السرقة، ويستحق عقوبة القطع، ولكن الحد يدرأ عن الأب لشبهة
تملك مال الولد، وهذه الشبهة أساسها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أنت
ومالك لأبيك".

الصدر تعليق "رقم-١٩٦-": بل ما يعتقد ببقوته وهو ليس بثابت، ولا يكون من الشبهة الدارئة
للحد لو أتى المحرم بما يشبه المباح وهو ليس بمباح واقعا مع علمه بعدم إباحته، كما لو عقد
على من لا يجوز العقد عليها مع علمه بعدم تأثير هذا العقد في جواز الدخول بها، ثم دخل بها
فإن العقد لا يكون دارئا لحد الزنا عنه .

الصدر تعليق "رقم-١٩٧-": مع اعتقاد الفاعل في كونه مؤثرا في الإباحة، وإلا فلا يكون رافعا
للحد كما مر تفصيله آنفا .

الصدر تعليق "رقم-١٩٨-": إذا كان يعتقد جواز ذلك له، وإلا فمجرد الشركة لا يمنع من
إقامة الحد مع اجتماع بقية الشرائط .

الشاوي رأينا في "التعليقات-١٩٦-، -١٩٧-، -١٩٨-": بوضع السيد الصدر أن الشبهة قد
تنج عن خطأ وقع فيه الجاني يؤدي إلى الشك في وجود القصد الجنائي لديه .
وهذا في نظرنا أدق مما في الأصل حيث يعمد لقيها أن الشبهة ناتجة عن وضع قانوني معين (شبهة
عقد في حالة الزواج محرم، أو شبهة الملكية في حالة سرقة المال المشترك) دون إشارة إلى اعتقاد
الجاني، وإن كان هذا الرأي قصد به التوسع في حالات سقوط الحد، ويمكن ترجيحه مع بقاء التعزير
جانزا . والأصح في نظرنا أن التعزير يجوز هنا بحسابه تدبيرا وقائيا لاعتقوبة جنائية.

(١) لا يقصد بالثبوت ثبوت الفعل فقط، وإنما يقصد بالثبوت معناه العام، فيشمل ثبوت الفعل
وثبوت الحكم. شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٠ .
(٢) المعنى الجزء العاشر ص ١٥٢ .

عودة

٣ - وشبهة الملك في اللواط بالزوجة، فإتيان الزوج زوجته في دبرها محرم -١٩٩-، ويعدده الفقهاء زنا، ولكنهم يدرءون الحد عنه؛ لأن الزواج يجعل الزوجة في ملك الزوج -٢٠٠-، ويعطيه حق التمتع بكل جسمها -٢٠١-، فتملك الزوج للزوجة يقوم شبهة في أن له أن يلوط بها -٢٠٢-، وقيام هذه الشبهة يستوجب درء الحد -٢٠٣-.

ومن الأمثلة على الشبهة: شبهة عدم الثبوت، فمن أقر بارتكابه جريمة من جرائم الحدود، ولم يكن دليل إلا إقراره وجب عليه الحد بالإقرار، فإذا عدل عن إقراره كان العدول شبهة في عدم الثبوت؛ لاحتمال أن يكون إقراره غير صحيح، وترتب على قيام هذه الشبهة درء الحد -٢٠٤-، ومثل ذلك يقال عن عدول الشهود إذا لم يكن دليل إلا الشهود.

الصدر

تعليق "رقم-١٩٩-": مر آلفا اختلاف فقهاء المسلمين في حرمة وطء الزوجة في دبرها وكراهته. وحتى على القول بالحرمة، فهو ليس من الزنا لأنه كل وطء وقع على غير نكاح صحيح فلا ينطبق عليه وإن كان حراما. وعلى القول بالحرمة، فيكون حاله حال وطء المرأة الخائض في فرجها فإنه وإن كان حراما إلا أنه ليس بزنا لكونه وطءا مسبوقا بعقد صحيح، وإنما وقع في زمان منهي عنه فلذا لم يذهب أحد من فقهاء المسلمين إلى لزوم إقامة الحد عليه.

الصدر

تعليق "رقم-٢٠٠-": ليس من آثار الزوجية ملكية الزوج للزوجة، وإنما هي علاقة بين الزوجين تجعل الزوج يستحق الاستمتاع بزوجه.

ولو سلمنا بالملكية فيكون حال الزوجة حال العبد المملوك، فإذا قلنا بجريمة إتيانها في دبرها فيكون كما لو أتى عبدا يملكه أو بهيمة يملكها، فكما أنه يستحق العقاب هناك يستحقه هنا.

الصدر

تعليق "رقم-٢٠١-": مر آلفا ما في هذه الدعوى.

الصدر

تعليق "رقم-٢٠٢-": مر آلفا أن اللواط إتيان الذكر، فلا يصدق على إتيان المرأة في دبرها.

الصدر

تعليق "رقم-٢٠٣-": إذا قلنا بالحرمة وصدق الزنا على وطء المرأة في دبرها، فلا رافع للحد إلا اعتقاد الفاعل الجواز لما مر من تعريف الشبهة سواء كان اعتقاد الجواز كما ذكره المؤلف من وجوه أو لأمر أخرى.

الشاوي

وأينا في "التعليقات رقم-١٩٩- إلى -٢٠٣-": تتفق مع السيد الصدر فيما قاله في التعليقات أرقام -١٩٩- و-٢٠٠- و-٢٠١- من استبعاد وصف حقوق الزوج في الاستمتاع بزوجه بأنه ملكية - وكذلك استبعاد وصف إتيانها في دبرها بأنه لواط في تعليقه رقمي -٢٠٢- و-٢٠٣- وهذه وجهة نظر أقرب في نظرنا للصواب.

الصدر

تعليق "رقم-٢٠٤-": ليس الإنكار بعد الإقرار من موارد الشبهة كما عرلت من أن المراد منها الشبهة عند العامل بمعنى أن العامل يظن عدم حرمة الفعل أو يعتقد جوازه، فلا يدرأ الحد في المقام لأجل الشبهة بنظر فقهاء المذهب الجعفري، وإن ذهب بعضهم إلى إسقاط الحد اعتمادا على روايات توهموا دلالتها على ذلك وفرق بعضهم بين الحدود فقالوا بإسقاط الحد إذا كان زنا وعممه بعضهم لكل حد يوجب التلف وعدم سقوطه إذا لم يكن كذلك.

عَوْدَةٌ إذا كان الفقهاء قد اتفقوا على درء الحدود بالشبهات إلا أنهم لا يتفقون على كل الشبهات، فهناك ما يراه البعض شبهة صالحة للدرء بينما لا يراه البعض الآخر شبهة. والأمثلة على ذلك كثيرة: فمن وجد امرأة في فراشه فوطئها ظنا منه أنها امرأته درئ عنه الحد عند مالك والشافعي وأحمد^(١)؛ لأنهم يرون في وجود المرأة على فراش الرجل شبهة تؤيد دعواه في أنه ظنها امرأته. أما أبو حنيفة^(٢) فلا يرى وجود المرأة على فراش الرجل شبهة، لأنه قد ينام على الفراش غير الزوجة - ٢٠٥ - من أقاربها أو زائراتها. ومن تزوج امرأة من محارمه يدرأ عنه الحد عند أبي حنيفة، فلا يحل حد الزنا لشبهة العقد، ويخالفه في ذلك أبو يوسف ومحمد^(٣)، ويريان ما يراه مالك والشافعي وأحمد من أن الحد لا يدرأ لشبهة العقد مادام الجاني عالما بالتحريم^(٤) - ٢٠٦ - وكل نكاح أجمع على بطلانه كنكاح الخامسة، أو المتزوجة، أو المعتدة، أو المطلقة ثلاثا، يدرأ فيه أبو حنيفة الحد، ولو كان الجاني عالما بالتحريم؛ لأن العقد في رأى أبي حنيفة شبهة، والشبهة تدرأ الحد^(٥). ولا يرى مالك والشافعي وأحمد درء الحد في هذه الحالات؛ لأنهم لا يعدون العقد شبهة^(٦).

الصدر تعليق "رقم - ٢٠٥ -". إمكان نوم غير الزوجة في الفراش لا يمنع من درء الحد إذا تخيل الشخص أن النائمة في الفراش زوجته فيكون مشمولاً للحديث المبارك.

الصدر تعليق "رقم - ٢٠٦ -": لا تصدق شبهة الدارئة للحد في المقام لاختصاصها بما إذا احتمل التفاعل الجواز كما مر علينا قريبا كما لا تصدق شبهة الدارئة للحد في النكاح الباطل والامتناع للزنا أو كون المسروق مما يسرع إليه الفساد أو كون المسروق بابا للجامع لصدق السرقة ما لم يحتمل الجواز. **الشاوي** رأينا في "التعليقات - ٢٠٤ - - ٢٠٦ -": إن اتجاه فقهاء المذهب الجعفرى المشار إليه يرجع إلى تمسكهم بالاعتماد على الأخبار المعتمدة وعدم اللجوء إلى القياس أو الرأى - وهو مالا تنفق معه ولا نقره - أما حصر شبهة في حالة اعتقاد الجاني الجواز فقد قلنا إننا نؤيده لعدم ثبوت القصد الجنائي.

- (١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦، شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٨، المعنى الجزء العاشر ص ١٥٥.
- (٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧.
- (٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧.
- (٤) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧، المعنى الجزء العاشر ص ١٥.
- (٥) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٣، ١٤٨، ١٤٩.
- (٦) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦، ٧٧، ٨٠، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦، المعنى الجزء العاشر ص ١٥٤.

ويرى أبو حنيفة أن من يستأجر امرأة للزنا لا يحد لشبهة العقد، ويخالفه في هذا أبو يوسف ومحمد، حيث يريان ما يراه مالك والشافعي وأحمد^(١) وهو أن لا يدرأ الحد لشبهة العقد؛ لأنه عقد لا تستباح به المرأة. وحجة أبي حنيفة أن العقد عقد منفعة؛ وأن الزاني يستوفى بالزنا منفعة فأورث العقد شبهة^(٢).

ويدرأ أبو حنيفة الحد في سرقة ما هو مباح الأصل، كسرقة الماء بعد إحرازه والصيد بعد صيده؛ لأن كليهما في أصله مال مباح، وفيه "شركة عامة" والإباحة الأصلية تورث شبهة في بقاء المال مباحا بعد إحرازه. والشركة العامة تورث شبهة في بقاء الشركة قائمة بعد إحراز المال. ^(٣) أما مالك والشافعي وأحمد فلا يدرءون الحد؛ لأنهم لا يرون شبهة في كون المال مباح الأصل^(٤).

ويجعل أبو حنيفة التفاهة شبهة في المال تدرأ الحد عن سارقه، ويرتب على ذلك أن لاقطع في التراب والطين والجص والتبن وأشباهها، ولا قطع في التبن والحشيش والقصب والخطب وأشباهها، وحجته أن الناس لا يمتولون هذه الأشياء عادة، ولا يضمنون بها لعدم عزيمتها، وقلة خطرهما، ويعدون الضن بها من باب الخساسة. ويعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم في بيان الشيء النافه، ولكنه يسلم بأن الشيء النافه قد يصبح بالصناعة ذا قيمة، كالقصب يصنع منه الشباب، فإذا أخرجت الصناعة الشيء النافه عن تفاهته كان القطع واجبا في سرقة. ويخالف أبو يوسف أبا حنيفة، ويرى أن الحد لا يدرأ إلا في سرقة التراب والسرجين، ولا يدرأ فيما عداهما مادام المسروق مالا متقوما، ودليل التقوم والمالية عنده هو جواز البيع والشراء في المال. ويخالف مالك والشافعي وأحمد مذهب أبي حنيفة ولا يرون شبهة في تفاهة المال مادامت قيمته تبلغ النصاب ^(٥).

ويدرأ أبو حنيفة الحد في سرقة ما يتسارع إليه الفساد، كالطعام الرطب والبقول واللحم والخبز وما أشبهه، ويخالف في ذلك أبو يوسف، ويأخذ برأى مالك والشافعي وأحمد، وهم لا يرون شبهة في كون المسروق مما يتسارع إليه الفساد ^(٦).

ولا يرى أبو حنيفة القطع في سرقة باب المسجد لشبهة عدم تحريره ^(٧)، ويرى مالك والشافعي وأحمد القطع في سرقة باب المسجد، لأنه محرر ولا شبهة في عدم تحريره ^(٨).

(١) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧.

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٨.

(٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٣٢٧.

(٤) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٩٥، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤١، المغني الجزء العاشر ص ٢٤٧.

(٥) المراجع المذكورة في رقم ٣١٢، وبدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٧، ٦٨.

(٦) المراجع السابقة.

(٧) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٢٣٠.

(٨) شرح الزرقاني ثامن ص ٩٩، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤٠، المغني الجزء العاشر ص ٣٥٥.

يستعرض أصلاً مهماً من أصول التشريع الجنائي في ديننا، وهو مبدأ وجوب إسقاط العقوبات إذا وجدت شبهات حول ثبوت الفعل أو توافر أركان الجريمة أو وجوب العقوبة؛ وهو مبدأ قررته السنة النبوية قولاً وفعلًا؛ وأكدته الرسول (ﷺ) مراراً، كما هو واضح من الوقائع التي يستشهد بها. وهو يشير إلى التعريف الذي قدمه فقهاؤنا.

ولكن بعض المعاصرين يعتقدون أن القوانين الوضعية قد وصلت إلى هذا المبدأ أخيراً عندما أعلنت "أن الشك يُفسر لمصلحة المتهم" - الذي يعترفون بأنه من نتائج التقدم الذي وصلت إليه القوانين الحديثة في هذا العصر ... وينسبون أن شريعتنا سبقت لذلك منذ فجر الإسلام.

وإذا كان هذا يضمن لشريعتنا فضل التقدم الزمى على تلك القوانين، لأنها سبقتهم في إعلانه بعدة قرون طويلة؛ إلا أن هذا لا يكفي لأنه يجب ملاحظة أن القاعدة الشرعية أقوى وأوسع نطاقاً وأفضل بكثير من هذا المبدأ الذي يتغنون به الآن. ذلك أن المبدأ الحديث الذي يعتزون به يخاطب القاضي ويفرض عليه ألا يحكم بالإدانة إلا عندما يطمئن اطمئناناً قاطعاً بالإدانة؛ في حين أن المبدأ الشرعي أعم وأشمل لأنه يخاطب كل من يساهم في التقنين أو تحديد الجرائم وفرض العقوبات الجنائية وفي مجال استنباط الأحكام، أي العمل التشريعي. وإذا كان القاضي يلتزم به فإن ذلك تابع لالتزام المجتهدين والفقهاء به عند استنباطهم الشروط التي تلزم لتطبيق النصوص الجنائية أو عند تقنين "التعازير".

ولما كانت نصوص القرآن والسنة اكتفت بفرض عقوبات الحدود والقصاص في جرائم محصورة العدد؛ فإن هذه الجرائم التي فرض عليها عقوبة مقررّة هي المجال الأول لتطبيق هذا المبدأ.

وأهم ما نلاحظه هو قوله: "إن كلمة الحدود هنا ليست محصورة فيما يعده الفقه جرائم الحدود؛ بل يشمل أيضاً الجرائم المعاقب عليها بالقصاص والدية، لأنها أيضاً ثابتة بنص شرعي".

وإذا كانت التعازير لا يُشار إليها، فليس معنى ذلك أن القاعدة لا تسرى عليها؛ بل الراجح عندنا هو أن القاعدة عامة على جميع العقوبات بل وجميع التشريعات الجنائية التي تفرضها النصوص في القرآن أو السنة أو حتى أقوال الأئمة والفقهاء؛ وأن المقصود منها درء العقوبات الجنائية في حالة وجود شبهة؛ على التفصيل الذي أورده ...

كل ما هنالك أن وجود الشبهة في حالات التعزير يلزم القاضي بالاكْتفاء بالتدابير التهديدية أو العبادية أو الوقائية بدلاً من العقوبات "التعزيرية".

إننا نقدر ما قاله بخصوص مبدأ درء الحدود بالشبهات الذي يوجه الحديث النبوي الشريف "إدعوا الحدود بالشبهات"⁽¹⁾ إن هذا المبدأ الشرعي أوسع نطاقاً من القاعدة المعروفة في الفقه المعاصر التي توجب على القاضي أن يفسر الشك حول ثبوت الجريمة لصالح المتهم، لأن الشك الذي يشير إليه المبدأ العصري هو حالة نفسية تزغزع اقتناع القاضي بالأدلة؛ في حين أن الشبهات التي تدخل في نطاق المبدأ الشرعي تدور حول توافر جميع العناصر المكونة للجريمة والشروط الموجبة للعقوبة، كما هو واضح في الأمثلة التي ذكرها نقلاً عن كتب المذاهب المختلفة في عصور متوالية؛ وهي مع ذلك مجرد أمثلة ليست واردة على سبيل الحصر.

ويتضح من الأمثلة التي ذكرها عما ورد عن رسولنا الأمين من دعوة المجرم المعترف للعدول عن إقراره، غُذِّ هذا العدول شبهة تسقط الحد - وقد فعل ذلك أيضاً الإمام علي بن أبي طالب، بل أضاف أن بعض الفقهاء يرون أنه يستحب للقاضي أن ينصح المقر بالعدول عن إقراره ويشجعه عليه، وهذا يبين مدى تميز شريعتنا عما تسير عليه بعض النظم الوضعية في تصيد الشبهات وإدانة الأفراد بناء على مجرد الادعاءات فيما يسمونه "تقارير أجهزة المباحث السرية" التي لا ترقى حتى إلى مستوى الشهادة، بل هي مجرد ترديد للاقتضات التي تدعيها تلك الأجهزة دون وجود دليل أو شبهة دليل سوى تلك الادعاءات - وكذلك التي تستبيح استعمال أساليب التهديد والتعذيب للحصول على ما تسميه "اعترافات" ليست في الحقيقة غالباً إلا أكاذيب تملأ على المتهم لكي تمكن المعترف من الخلاص من التعذيب والتهديد.

وأمثلة الشبهات المتفق عليها وأنواعها وكذلك كثرة الشبهات المختلف عليها دليل على أن الأمر اجتهدى وتقديرى. ولهذا، فإن ما يسمى بالظروف المخففة التي يقدرها القاضي يمكن في نظرنا أن تكون شبهة توجب سقوط الحد والاكتفاء بالتعزير، بل يمكن أن تسقط التعزير ذاته على حسب الظروف أو تجعله مجرد تدبير وقائي لاعتقوبة.

(1) البند (178) وما بعده حتى البند (184)

عوده

١٨٠ - أنواع الشبهة : اهتم الفقهاء الشافعيون والخنفيون بتقسيم الشبهة وبيان أنواعها المختلفة، أما الفقهاء المالكيون والحنابلة فقد اكتفوا بالتعرض للشبه واحدة بعد أخرى بصفة عامة كلما استلزم ذلك الأمر .
وقد قسم الشافعية الشبهة ثلاثة أنواع :

١ - شبهة في المحل، كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة، أو إتيان الزوجة في دبرها، فالشبهة هنا قائمة في محل الفعل المحرم؛ لأن المحل مملوك للزوج ومن حقه أن يباشر الزوجة. وإذا لم يكن له أن يباشرها وهي حائض أو صائمة أو أن يأتيها في الدبر، إلا أن ملك المحل للزوج وحقه عليه يورث شبهة، وقيام هذه الشبهة يقتضي درء الحد سواء اعتقد الفاعل محل الفعل أو بحرمة؛ لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن -٢٠٧-، وإنما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعا عليه .

٢ - شبهة في الفاعل، كمن يطأ امرأة زفت إليه على أنها زوجته، ثم تبين أنها ليست زوجته، فأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده، بحيث يأتي الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتي محرما، وقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد، فإذا أتى الفاعل الفعل وهو عالم بأنه محرم فلا شبهة .

٣ - شبهة في الجهة، ويقصد من هذا التعبير الاشتباه في حل الفعل وحرمته، وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل، فكل ما اختلفوا على جوازه أو حله يقوم الاختلاف فيه شبهة، ويدرك فيه الحد . فمثلا يحيز أبو حنيفة النكاح بلا ولي، ويحيز مالك النكاح بلا شهود، ويحيز ابن عباس نكاح المتعة، ومن ثم فلا يُعد الوطء في هذه الأتكة المختلف عليها زنا يحذر عليه، بل يقوم الخلاف شبهة تدرك الحد، ولو كان الفاعل يعتقد بحرمة الفعل -٢٠٨-؛ لأن هذا الاعتقاد في ذاته ليس له أثر ما دام العلماء مختلفين على الحل والحرمة^(١) .

ويقسم الحنفية الشبهة قسمين :

الصدر

تعليق "رقم-٢٠٧-" : يل هو الأساس كما مر علينا قريبا فلا يدرك الحد إلا معه .

الصدر

تعليق "رقم-٢٠٨-" : الظاهر لزوم إقامة الحد عليه من قبل الحاكم الشرعي إذا كان عالما بالحرمة ولو ظاهرا لتحقيق موضوع الزنا بظوه مع عدم شبهة تكون سببا لدرك الحد عنه، ومجرد الاختلاف في الحكم لا يكون سببا لدرك الحد ما لم يكن سببا لحدوث الشبهة عند الفاعل .

(١) آسنى الطالب جـ ٤ ص ١٢٦ .

عوده

الأول : الشبهة في الفعل^(١)، ويسمونها أيضا شبهة اشتباه، وشبهة مشابهة، وهي شبهة في حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشتبه عليه. وتثبت هذه الشبهة في حق من اشتبه عليه الحل والحرم-٢٠٩-، ولم يكن ثمة دليل سمعي يفيد الحل، بل ظن غير الدليل دليلا، كمن يظن زوجته المطلقة ثلاثا في عدتها^(٢). ويشترط لقيام الشبهة في الفعل ألا يكون هناك دليل على التحريم أصلا، وأن يعتقد الجاني الحل. فإذا كان هناك دليل على التحريم، أو لم يكن الاعتقاد بالحل ثابتا فلا شبهة أصلا.

الثاني : الشبهة في الحل، ويسمونها الشبهة الحكمية أو شبهة الملك، ويشترط في هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة. فالسرقة محرمة بنص القرآن حيث قال الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾. والرسول ﷺ يقول: "أنت ومالك لأبيك". فالنص الثاني يقوم بذاته شبهة على تطبيق حكم النص الأول الذي يحرم السرقة ويعاقب عليها بالقطع؛ لأن النص الثاني يجعل الولد وماله ملكا للأب، فإذا سرق الأب مال ولده فقد سرق ماله حكما. فالشبهة في الحل أو الشبهة الحكمية تتحقق بقيام دليل شرعي ينفي الحرمة ولا عبرة بظن الفاعل-٢١٠- فيستوى أن يعتقد الفاعل أنه يسرق، أو يعتقد أنه لا يسرق؛ لأن الحرمة مشكوك فيها بقيام دليل الحل (٣).

الصدر

تعليق "رقم-٢٠٩-": فاعتقد جواز الفعل، فإن اعتقاد الجواز يدركه الخلد سواء أكان هناك دليل سمعي أم لم يكن، وحتى إذا كان هناك دليل على تحريم الفعل الذي اعتقد إباحته.

الصدر

تعليق "رقم-٢١٠-": بل العبرة باعتقاده، فلا تكون الشبهة المذكورة دارة للحد ما لم يعتقد الفاعل الجواز ولو ظاهرا.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠، ١٤١

(٢) يحصر الحنفيون شبهة الفعل في ثمانية مواضع في جريمة الزنا، أحدها إثبات المطلقة ثلاثا أثناء العدة، والأئمة الثلاثة يخالفون الحنفيين، ولا يرون شبهة في هذه المواضع، ومن ثم فهم لا يعترفون بشبهة الفعل في جريمة الزنا.

(٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤١، ١٤٢.

ويضيف أبو حنيفة نوعاً ثالثاً من الشبهات، وهو شبهة العقد، فعنده أن شبهة ثبتت بالعقد ولو كان العقد متفقاً على تحريمه وكان الجاني عالماً بالتحريم - ٢١١ -

تعليق "رقم - ٢١١ -": لا أثر للعقد مع علم الجاني بالتحريم، ولا يكون موجبا لدرء الحد كما أشرنا إلى ذلك قريبا .

ويكفي دليلاً لهم إطلاق قوله سبحانه وتعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، فإن إطلاق هذه الآية المباركة تدل على لزوم عقد النكاح ولو بدون شاهدين. وقد استدل على اشتراط الشهادة بما روى عن ابن عباس أنه قال: لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد. ويرد على الاستدلال بهذا الخبر أمران أولهما: أن ابن عباس لم يستدل بهذا الكلام إلى النبي العظيم (ﷺ)، فقلعه كان رأيه واجتهاده، ورأى الاجتهاد لا يكون دليلاً لبقية المجتهدين إنما يكون حجة على خصوص مقلديه. وثانيهما: أن هذا الخبر ولو سلم كونه مروياً عن النبي (ﷺ)، فإن ضعف سنده يمنع من الاعتماد عليه كما يشهد لذلك ما ذكره ابن رشد في كتابه بداية المجتهد الجزء الثاني ص ١٧ بعد نقله الحديث السابق، قد روى مرفوعاً ذكره الدارقطني وذكر أن في سنده مجاهيل. ويشهد لعدم اشتراط الشهادة ما روى من أن جحش بن رباب من بني أسد خطب إلى رسول الله (ﷺ) آمية يست عيد المطلب، فزوجه إياها ولم يشهد. والغريب من ابن رشد أن يدعى أن لا يخالف لهذا الحكم من الصحابة، مع أن الخلاف يسب إلى جماعة منهم، والمصنف نفسه ذكر في آخر البحث ما نصه: وقال أبو ثور وجماعة: ليس الشهود من شرط النكاح، لا شرط صحة ولا شرط تمام، وفعل ذلك الحسن بن علي، وروى عنه أنه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح، والإمام الحسن من أعلام الصحابة وسادات أهل البيت.

وأما النكاح بدون ولي، فلا ريب عندنا في بطلانه إذا كانت الزوجة صغيرة، كما لا خلاف في صحته بين فقهاء المذهب الجعفرى إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة ثيبة. أما البالغة الرشيدة الباكورة، فقد اختلف في حكمها فقهاء المذهب الجعفرى، فقال قوم بصحة نكاحها بغير ولي وأنكر ذلك آخرون. والرأى الراجح الذى أذهب إليه أن لها أن تزوج نفسها بغير ولي كما لأبيها تزويجها، ويدل على جواز استقلالها بالتزواج الخبر الصحيح المعبر المروى عن الإمام محمد بن على الباقر (ع) أنه (ع) قال: "المرأة التى ملكت نفسها غير السفية ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز". ويدل على صحة تزويج الأب لها قول أحد أئمة أهل البيت (ع) في حديث معتبر يستأمرها كل أحد ماعدا الأب. ولا مجال لتفصيل الكلام في هذه التعليقة، ولقد فصلنا الكلام في ذلك في كتابنا الفقهي الكبير شرح بلغة الراغبين.

وأما نكاح النعة، فقد ذهب فقهاء المذهب الجعفرى إلى القول بمشروعيته وصحته، ويكفي دليلاً على ذلك قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤]. ووافقهم في ذلك جماعة من الصحابة والتابعين، فإنه ذكر أستاذنا الإمام الخوئى في تفسير البيان ما يأتى :

ولكن أصحابه وباقي الأئمة الأربعة يخالفونه في هذا، ولا يرون العقد شبهة إلا إذا كان الجاني يظن الحل ويعتقده. وعلى هذا، تكون الشبهة على رأى أبي حنيفة على ثلاثة أنواع: شبهة الفعل، وشبهة المحل، وشبهة العقد.

١٨١- ما يترتب على درء الحدود بالمسببات: تختلف النتائج التي تترتب على الأخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات. ففي بعض الأحيان يؤدي تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وتبرئة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه، وفي بعض الأحيان يؤدي تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وإحلال عقوبة تعزيرية محلها. ويرأى المتهم من الجنائية المنسوبة إليه في ثلاث حالات: الأولى: إذا كانت الشبهة قائمة في ركن من أركان الجريمة؛ فمن زفت إليه غير زوجته، فأتاها على اعتقاد أنها زوجته، لا يعاقب على عقوبة الزنا بعقوبة الحد، ولا بعقوبة تعزيرية، وإنما يحكم ببراءته؛ لانعدام القصد الجنائي لديه، والقصد الجنائي ركن من أركان جريمة الزنا. ومن أخذ خفية مالا له وهو يعتقد أنه مال الغير لا يعاقب على السرقة حدا ولا تعزيراً؛ لانعدام ركن من أركان الجريمة - ٢١٢-، وهو كون المال مال الغير.

= فإنه نقل عن ابن حزم أنه قال ثبت على إباحتها - أى المتعة - بعد رسول الله (ﷺ) ابن مسعود ومعاوية وأبو سعيد وابن عباس وسليمة ومعد أبناء أمية، ورواه جابر عن جميع الصحابة مدة رسول الله (ﷺ) وأبي بكر وعمر، إلى آخر خلافة عمر، ثم قال ومن التابعين طاووس. تعليق "رقم-٢١٢-": لم يصدر منه إلا ما يسمى باصطلاح فقهاء المذهب الجعفرى بالتجرى، وهو عبارة عن إتيان فعل مباح يعتقد الفاعل حرمة، وقد اختلف فقهاء المذهب الجعفرى في استحقاق فاعله العقاب وعدم استحقاقه. ومن المسلم أن مثل هذا الفعل يكشف عن خبث الفاعل وسوء سريرته وعزمه على عصيان الله سبحانه وتعالى. ولما كان من واجبات الحاكم الإسلامى تأديب الناس وتوجيههم وإصلاحهم، فإذا كان من الممكن للحاكم إصلاح هذا الفاعل ولو بتعزيره فلا رب أن ذلك من أعماله وإن لم تصدر منه جرعة لما أشرنا إليه آنفاً من أن غير المجرم قد يعاقب إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك كما في سجن النجاشي (ﷺ) للمتهم بالسرقة مع عدم ثبوت الجرم عليه. رأينا في "التعليقات من-٢٠٧- إلى-٢١٢-": في تعليقات السيد الصدر جدال حول أمثلة من الشبهات التي وردت في الأصل - ونرجو ألا يفهم من ذلك أن هذه الأمثلة جاءت على سبيل الحصر، بل نرى أن الأصل هو وجود مبدأ عام يلتزم به الفقيه والقاضي بوجوب درء العقوبة الجنائية كلما وجد شك في توافر أركان الجريمة أو شروط العقوبة عليها، وهذا الشك حالة موضوعية يقدرها المجتهد أو القاضي والأمثلة التي يدور عليها الجدال ليست على سبيل الحصر.

عواده

الثانية : أن تكون الشبهة قائمة في انطباق النص اخرم على الفعل
المسبب للمتهم، فمن تزوج بلا شهود أو بلا ولي، أو تزوج زواج متعة، لا يعاقب حدا
ولا تعزيرا بعدة زانيا؛ لأن العلماء اختلفوا في هذه الأنكحة فأحلها بعضهم، وحرمها البعض
الآخر - ٢٠١٣ -

= كما أننا نلاحظ أن السيد الصدر يشترط للشبهة في حالات كثيرة أن يكون الجاني معتقدا أن
الفعل غير محرم، لكننا نقضل الآراء التي تعترف بالشبهة في الخل أو العقد أو أى شرط من شروط
العقاب على الفعل، ولانوافق على حصرها في القصد الجنائي كما يريد السيد الصدر، خصوصا إذا
كان أثرها هو إسقاط الحد أو العقوبة التعزيرية والاكتفاء بالتعزير الوقائي بالإجراءات التعبدية
والإصلاحية والتهديبية.

الصدر

تعليق "رقم-٢١٣-": أما الزواج بدون شاهدين، فقد قال فقهاء المذهب الجعفرى
بصحته، وسعيد بن جبير وعطاء وسائر فقهاء مكة. ونسب شيخ الإسلام المرغيباني القول بجواز
المتعة إلى مالك مسددا عليه بقوله لأن نكاح المتعة كإن مباحا فيبقى إلى أن يظهر ناسخه.
ونسب ابن كثير جوازها إلى أحمد بن حنبل عند الضرورة في رواية، وقد تزوج ابن جريج أحد
الأعلام وفقهه مكة في زمنه سبعين امرأة بنكاح المتعة إلخ ما أفاده في تفسيره ..
وقد ادعى نسخها بأخبار لم يثبت اعتبارها ولا يمكن إثبات النسخ بما لكونها من أخبار
الآحاد. وقد أجمع المسلمون على عدم نسخ الكتاب بخبر الواحد.

كما ادعى نسخها بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَقُوهُنَّ لِعَدَّتِ﴾ [الطلاق: ١].
وبقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢]. ومن الواضح أن النسخ
متوقف على المعارضة بين الآيتين ولا معارضة بينهما، فإن الآية الأولى لادلالة فيها على أنه لا زواج
بلا طلاق لمعارض آية المتعة وتكون ناسخة لها. كما أن ما دل على أن لا إرث للمتزوج بها تكون
مفسرة لآية الإرث ومخصصة لها بالزواج الدائم غير المنقطع المسمى بالمتعة. وكيف تكون آية المتعة
منسوخة ويخفى النسخ على أمير المؤمنين (ع) على ما يروى عنه ابن جرير الطبري في تفسيره،
وأبو يعلى في مسنده، وأبو داود في ناسخه: "لولا ما سبق من رأى عمر بن الخطاب لأمرت بالمتعة ثم ما زنى
إلا شقى" ؟

وكيف يخفى على ابن عباس وهو القائل على ما في كتاب أحكام القرآن للجصاص : "رحم
الله عمر، ما كانت المتعة إلا رحمة من الله تعالى، رحم بها أمة محمد ولولا فيه لما احتاج الرنا إلا
شقى" ؟ وكيف يخفى على ابن مسعود وهو القائل على ما في صحيح البخارى قال: "كنا نغزوا
مع رسول الله (ﷺ) ليس معنا نساء قلنا ألا نستخص فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا أن ننكح
المرأة بالغرب إلى أجل ثم قرأ عبد الله (ﷺ) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحْرِمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ
وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ [المائدة: ٨٧] انتهى".

وهذا الاختلاف معناه الشك في انطباق نص الزنا على هذه الأفعال، ومن ثم تجب تبرئة المتهم من الجناية المنسوبة إليه - ٢١٤ -.

فإن قراءته للآية المباركة تدل على أن تحريم المتعة لم يكن من الله ولا من رسوله وإنما هو أمر حدث بعد رسول الله (ﷺ).

بل إن نسبة عمر الحرمة إلى نفسه دالة على عدم كون الآية منسوخة. ففي كتاب سنن البيهقي ج ٧ باب لكاح المتعة ص ٢٠٦ روى أبو نضرة عن جابر بن عبد الله الأنصاري قال نضرة قلت: إن ابن الزبير ينهى عن المتعة وإن ابن عباس يأمر بها. قال جابر: على يدى جرى الحديث تتنا مع رسول الله (ﷺ) ومع أبي بكر فلما ولي عمر خطب الناس فقال: إن رسول الله (ﷺ)، هذا الرسول وإن القرآن هذا القرآن وإني كالتا متعتان على عهد رسول الله وأنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما إحداهما متعة النساء، ولا أقدر على رجل تزوج متعة امرأة إلى أجل إلا غيبته بالحجارة.

ثم قال البيهقي: أخرجه مسلم من وجه آخر عن همام وروى نظير أبو صالح كاتب الليث في نسخته والطحاوي ورواه ابن جرير في تهذيب الآثار، وابن عساكر إلا أن عمر قال فيما رواه: وأضرب فيهما ويشهد لذلك قصة الشامي التي رواها ابن جرير في تهذيب الآثار عن سليمان بن يسار عن أم عبد الله ابنة أبي خيثمة أن رجلاً قدم من الشام فزل عليهما فقال إن الزينة قد اشتدت عليّ فأبغيت امرأة أمتع معها، قالت: فدلتك على امرأة فشارطها وأشهدوا على ذلك عدولاً، فمكث معها ما شاء الله أن يمكث ثم إنه خرج فأخبر عن ذلك عمر بن الخطاب فأرسل إلى فسألني أحق ما حدثت؟ قلت نعم، قال فإذا قدم فأذني به فلما قدم أخبرته فأرسل إليه فقال: ما حلتك على الذي فعلته؟ قال فعلته مع رسول الله (ﷺ) ثم لم ينهنا عنه حتى قبضه الله ثم معي فلم تحدث لنا فيه نهيًا، فقال عمر، أما والذي نفسي بيده لو كنت تقبضت في نهي لرجلتك. حتى يعرف النكاح من السفاح.

فإن عمر أقر الشامي على عدم نهي النبي عنها وعدم نسخها أيامه، ولا يحق لعمر ولا لغيره من البشر أن ينسخ حكماً شرعه الله وإن قلنا بخلافه، ولعل فيه كان لمصلحة مؤقتة ارتأها فإنه يصح لرئيس الدولة الإسلامية أن ينهى عن بعض الأمور المباحة في فترة من الزمن إذا اقتضت المصلحة ذلك ولا يؤثر النهي بعد انقضاء تلك المدة وأطول ما يمكن أن تكون المدة هي مدة حياته فلا يكون لنهي عمر تأثير بعد موته قطعاً.

تعليق "رقم-٢١٤-": ويستثنى من ذلك صورة قطع الفاعل بالحرمة واعتقاد الحاكم بشوقها. رأينا في "تعليقي-٢١٣-،-٢١٤-": شرح طويل للأدلة التي يستند إليها فقهاء الجعفرية في إباحة زواج المتعة - وليس هنا موضع مناقشتها.

وقد تكرر قول فقهاءنا بسقوط الحد بسبب الشبهة وذكر أمثلة لها من وجهة نظره، ومع ذلك أجاز التعزير. ولا شك - في نظرنا - في أن الشبهات التي تسقط الحد والقصاص أكثر من تلك التي تسقط التعزير، لأن العقوبات المقدرة تستلزم توافر أدلة قانونية ليست ضرورية لثبوت الجرائم =

عوده

الثالثة : أن تكون الشبهة قائمة في ثبوت الجريمة. فإذا شهد شخصان على آخر بأنه شرب خمرًا، ثم عدلا عن شهادتهما ولم يكن هناك دليل آخر، درئ الحد لشبهة صدق الشاهدين في عدولهما، وبرئ المتهم مما نسب إليه . وإذا نسب إلى شخص يمين ويفيق أنه ارتد أو سرق، ولم يعلم إن كان ارتكب الجريمة وقت الإفاقة أو وقت الجنون، درئ عنه الحد؛ لشبهة عدم التكليف، وبرئ مما نسب إليه.

وفيما عدا هذه الحالات الثلاث، فإن تطبيق القاعدة إذا أدى لدرء الحد فإنه يؤدي في الوقت ذاته إلى استبدال التعزير بالحد أيا كان مصدر الشبهة. فالأب يدرأ عنه الحد في سرقة مال ولده؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : "أنت ومالك لأبيك"، ولكنه يعزر؛ لأن الدرء كان لشبهة حكمية أى شبهة في الخل-٢١٥-. ومن يأت زوجته في دبرها يدرأ عنه الحد للشبهة في الخل-٢١٦-، ولكنه يعزر. ومن يتزوج محرما أو يستأجر امرأة للزنا يدرأ عنه الحد لشبهة العقد-٢١٧- عند أبي حنيفة، ولكنه يعزر .

= التعزيرية. فالتك الذي يوجب إسقاطها قد يتوافر في حالات تكون الجريمة التعزيرية ثابتة. وفضلا عن ذلك، فإننا نكرر القول بأن ميزة التعازير أنها تتسع للتدابير التي تدخل ضمن مايسمى في العصر الحاضر بتدابير الوقاية التي يجوز اتخاذها دون انتظار وقوع الجريمة أو ثبوتها، فهي تتجاوز نطاق العقوبات الجنائية، وإن كان قضيها والسيد الصدر لم يصدر من أى منهما أى إشارة إلى هذا النوع من التعازير . مع أن ذلك كان يوفر عليهما وعلينا كثيرا من الجدل حول مايعتده جريمة أولا، وما يُعَدّ حدا أم لا، كما هو ظاهر في التعليقات التالية : -٢١٤- إلى -٢٢٢-

الصدر

تعليق "رقم-٢١٥-": بل كان درء الحد للدليل الشرعي، فإن معنى أنت ومالك لأبيك أى أن مالك مزل مزل مال أبيك فلا يجد الأب إذا سرق منه شيئا، كما يشهد لذلك عدم الاقتصاص من الأب فيما إذا قتل ولده، فإن قتل الولد إذا كان لا يوجب الحد على الأب فإن سرقة ماله لا يوجب الحد على أبيه بطريق أولى .

الصدر

تعليق "رقم-٢١٦-": اختلف علماء المسلمين في حرمة الوطء في الدبر وفي كراهته، وأدلة الحد لا تكون شاملة للوطء في الدبر وإن قلنا بحرمته لعدم صدق الزنا واللواط على وطء الزوجة فلا يتحقق موضوع الحد .

الصدر

تعليق "رقم-٢١٧-": مر عليك قريبا أن مجرد العقد لا يكون سببا لدرء الحد ما لم يكن يوجب اعتقاد الفاعل الجواز .

عوده ومن سرق مالا تافها كالتراب، أو مباح الأصل كالصيد بعد صيده، يدرأ عنه حد السرقة-٢١٨- عند أبي حنيفة؛ لشبهة التفاهة والإباحة، ولكنه يعزر. ومن يسرق باب المسجد يدرأ عنه الحد في رأى أبي حنيفة لشبهة عدم الحرز-٢١٩-، ولكنه يعزر. وإذا نسب إلى شخص سرقة مثلاً، واشتبه فيما إذا كان بلغ الحلم أم لم يبلغ، درئاً عنه الحد، وعزر على ما نسب إليه-٢٢٠-. ومن يقر على نفسه بجرمة من جرائم الحدود ولا دليل عليه إلا إقراره بحد بإقراره، فإذا عدل عن إقراره كان عدوله شبهة تدرأ الحد، ولكنه يعزر-٢٢١- بدلاً من عقوبة الحد. والفرق بين عدول المقر عن الإقرار، وعدول الشهود عن الشهادة، أن المتهم يعزر عند العدول عن الإقرار ويبرأ إذا عدل الشهود عن شهادتهم. وأساس هذا الفرق أن الإنسان لا يثبت نفسه عادة بجرمة لم يرتكبها، ولكن من السهل أن يتهمه غيره كذباً بما لم يفعل. على أنه إذا تبين أن الإقرار كالت نتيجة إكراه كان الحكم بالبراءة واجباً، إذ الإقرار نتيجة الإكراه أو التهديد باطل؛ لحديث ابن عمر: "ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خوفت أو أوثقت"؛ ولأن الإقرار يكون حجة لترجيح جانب الصدق فيه، فإذا امتنع المقر عن الإقرار حتى هدد أو أكره فالظاهر أنه كاذب في إقراره، والعدول عن الإقرار الصحيح يدرأ به الحد للشبهة، ولكن الإقرار يبقى مع هذا مرجحاً فيه.

الضدر تعليق "رقم-٢١٨-": إذا لم يبلغ مقدار ماسرقة مايساوى ربع دينار، وأما مباح الأصل فلا فرق بينه وبين سواه في لزوم إقامة الحد إذا سرق ممن أحرزه بعد أن تملكه إنسان محترم المال، إلا أن يكون السارق يعتقد الجواز لشبهة لديه ممن يحتمل قيام الشبهة لديه.

الضدر تعليق "رقم-٢١٩-": حرز كل شيء بحسبه وكون الباب مبني بقوة وإتقان يجعله في حرز، فسرقته يوجب إقامة الحد ما لم يحتمل السارق الجواز لشبهة لديه وكان ممن يحتمل إقامة الشبهة عنده كما مر ذلك عليك قريباً.

الضدر تعليق "رقم-٢٢٠-": مع ثبوت مانسب إليه وإلا فلا يكون مجرد النسبة موجبة حتى للتعزير. **الضدر** تعليق "رقم-٢٢١-": إذا اعترف بما يقتضى التعزير أو رأى الحاكم أن المصلحة العامة تقتضى ذلك وإلا فلا يعزر لعدم ثبوت جريمة عليه تقتضى التعزير.

عودة جانب الصدق - ٢٢٢-، فيصلح دليلاً يعزر به وإن لم يصلح دليلاً لعقوبة الحد. والمسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضي فإن اقتنع أن الإقرار صحيح عاقب بعقوبة تعزيرية، وإن لم يقتنع حكم بالبراءة.

١٨٢ - لعل تطبيق قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير؟

الأصل في القاعدة درء الحدود بالشبهات أنها وضعت لجرائم الحدود، لكن ليس ثمة ما يمنع - ٢٢٣- من تطبيقها على جرائم التعازير؛ لأن القاعدة وضعت لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين، وكل متهم في حاجة لتوفير هذين الاعتبارين سواء كان متهماً في جريمة من جرائم الحدود أو جرائم التعازير.

وتطبق القاعدة على جرائم التعازير في الحالات الثلاث التي يؤدي تطبيقها إلى البراءة في جرائم الحدود، ولا تنطبق في حالات استبدال الحد - ٢٢٤- بعقوبة تعزيرية؛ لأن جرائم التعازير عقوباتها غير مقدرة ومتروكة لتقدير القاضي واختياره، بعكس عقوبات جرائم الحدود فهي مقدرة وبالغة في الشدة والردع، وليس للقاضي أن يعدل عنها ويستبدل بها غيرها إلا في حالة درء الحد للشبهة.

الصدر تعليق "رقم-٢٢٢-" كيف يكون جانب الصدق مرجحاً يترى مع عدوله عن إقراره واحتمال أن يكون إقراره ناشئاً عن داع من الدواعي الأخرى؟ وما فائدة هذا الترجيح؟ وكيف يكون سبباً للتعزير مع عدم قيام دليل على الجريمة فلا يصلح إقراره المعدول عنه سبباً للتعزير؟

الصدر تعليق "رقم-٢٢٣-" المانع هو اختصاص لسان القاعدة بالحدود ولا يقطع بعدم الفرق بينها وبين التعازير بعد احتمال أن الحدود إنما درئت لشدها. فلا ملازمة بين درئها بالشبهة ودرء التعازير بها.

نعم في مورد كان معدولاً بالشبهة ولم يكن متمكناً من رفعها أو لم يكن يجب عليه رفعها كما إذا كانت الشبهة موضوعية كما في مثال ما لو توهم شخص الأجنبية زوجته فوطئها فلا يستحق التعزير لأن التعزير على معصية ولم يصدر منه معصية.

الصدر تعليق "رقم-٢٢٤-" من الكلام في ذلك سابقاً فراجع، ولو سلم شمول القاعدة للتعازير فلا فرق بين جميع أقسامها.

الشاوي رأينا في "التعليقات رقم-٢١٥- - ٢٢٤-" ما قلناه من أن مبدأ درء الحدود بالشبهات ليس مقصوراً على "الحدود" بالمعنى الضيق، بل يمتد إلى التعازير، مع فارق أن الشبهات التي تسقط العقوبة المقدرة القصوى أوسع نطاقاً، والمثال الذي ذكره في تعليقه رقم-٢٢٣- يؤيد ذلك - ويضيف في تعليقه رقم-٢٢٤- أن شمول القاعدة للتعازير لا يقتصر على قسم معين منها بل يشملها جميعاً، وإن كنا نرى أن التعازير الوقائية التي يمكن اتخاذها دون حاجة لثبوت وقوع الجريمة لا محل للشبهات فيها.

إن التأمل في اختلافات المذاهب بشأن تصنيف الشبهات وأنواعها وأمثلتها يؤكد ما قلناه من أنها غير محدودة ولا محصورة، وأنها مسألة اجتهادية؛ بل الأهم من ذلك أن الفقه لا يوضح معياراً ثابتاً للنتائج المترتبة عليها .

فأولى النتائج المؤكدة، هي استبعاد العقوبات الحدية أو المقدرة عموماً؛ أيا كان سبب الشبهة أو مصدرها. وذلك، لأن النصوص التي فرضت عقوبات الحدود هي نصوص استثنائية؛ إذ الأصل - كما قدمنا - هو أن جميع الجرائم يعاقب عليها بالتعزير، لكن بعضها تُفرض فيه العقوبة المقدرة عند توافر شروط الظرف المشدد للعقوبة؛ فإذا وجدت شبهة في توافر أي شرط من هذه الشروط اللازمة للتشديد تطبق العقوبة الأصلية وهي عقوبة التعزير. ومعنى ذلك، أنه إذا كانت الشبهة منصبة على توافر الشروط المتعلقة بالظرف المشدد الموجب للحد أو القصاص أو الدية، فهنا ينحصر أثرها في استبعاد الظرف المشدد الموجب لتوقيع العقوبة القصوى. ولكن إذا بقي الفعل المعاقب عليه مؤكداً لاشبهة في توافر أركان الجريمة، وجب التعزير. وفي غير هذه الحالة، أي إذا لم تتوافر أركان الجريمة التعزيرية يكون تطبيق المبدأ عاماً يترتب عليه عدم تجريم الفعل، فلا تطبق عقوبة تعزيرية عند وجود شبهة في ثبوت الفعل أو توافر شروط العقاب عليه. وقد أوضح فقيهنا أن تبرئة المتهم تكون واجبة إذا كانت الشبهة قائمة في توافر ركن من أركان الجريمة ذاتها (لا في الظرف المشدد وحده)، وبخاصة ركن القصد الجنائي في الجرائم العمدية كالزنا، أو ركن الأهلية وتوافر شروط المسؤولية الجنائية، أو ركن المحل في السرقة مثلاً إذ يشترط أن يكون المال مملوكاً للغير ...

وأدق من ذلك وجود شبهة في الإثبات. فقد فرق بين الدليل القانوني المشروط لتوقيع الحد، مثل الإقرار في جريمة الزنا (ومثله توافر أربعة شهود)، فإن العدول عن الإقرار (أو عدم توافر أربعة شهود) لا يترتب عليه الحكم بالبراءة حتماً، إذا ثبت الفعل المعاقب عليه بدليل آخر وكان يستوجب التعزير رغم عدم ثبوت الظرف المشدد .

هنا يسقط الحد فقط، ونحن نرى أنه يمكن تعزير المتهم إذا كان الفعل المكون للجريمة ثابتاً بأدلة أقل من الدليل القانوني المشروط لوجوب الحد، وما نقله عن فقهاءنا في هذا الصدد يؤكد ما قلناه من أن الأدلة القانونية مثل توافر أربعة شهود أو الإقرار في الزنا إنما تشترط لثبوت الظرف المشدد وحده. فعدم توافرها لا ينفي ثبوت

❁ الإقرار تحت الإكراه أو التعذيب باطل لا يثبت به أى فعل ولا ظرف مشدد:

العلاقة الجنسية المحرمة أو الفاحشة أى الفعل المكون للجريمة التعزيرية الذى يخضع فى إثباته للقواعد العامة وهى الأدلة الإقناعية بما فيها القرائن....

ويؤكد قولنا ما صرح به فى السطر الأخير من هذا البند (ص ب/238) من أن المسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى .

وقد بلغ فقهما أقصى درجات الدقة عندما ميزوا العدول عن الإقرار الصحيح، وقالوا إنه يسقط الحد فقط لكنه لا يعدم الدليل ذاته الذى يبقى إذ يجوز عدّه فى مستوى القرينة التى قد تكفى لإقناع القاضى بوقوع الفعل وثبوت أركان جريمة المعاشرة خارج الزواج، والتى تُعدّ عرفاً زناً، وإن كان يمكن قصر تسمية الرنا على الجريمة الحدية وحدها، وإعطاء الجريمة التعزيرية اسماً آخر مثل الفاحشة .

ويؤيد ذلك قوله تعالى عن الرنا إنه كان فاحشة ومقتاً. فالفاحشة هى كل معاشرة لامرأة خارج نطاق الزواج، ولو لم تصاحبها العلانية التى تثبت بأربعة شهود رؤية، أو إقرار قضائى متكرر. فإذا لم يتوافر الدليل القانونى المذكور بسبب العدول عن إقرار صحيح دون إكراه أو عدم توافر الشهود الأربعة، فلا يتوافر الظرف المشدد الذى يستوجب الحد، وفى هذه الحالة يستبعد الإقرار كدليل قانونى لكنه يبقى كقرينة يمكن أن تقع القاضى بوقوع فعل يستحق التعزير، على حد قوله رغم أنه لا يصلح (أو بالأصح لا يكفى) لوجوب الحد. وتأكيداً للمبدأ العام فى الأدلة الإقناعية، يقول: "إن المسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى، فإن اقتنع أن الإقرار صحيح (كقرينة قضائية فقط) رغم العدول عنه عاقب من عدل عن إقراره الصحيح بالتعزير لأن الجريمة التعزيرية تكون أركانها ثابتة بهذه القرينة التى لا تصل إلى حد "الاعتراف القضائى" المشترط لثبوت الظرف المشدد فى جريمة الرنا. وقد بينا فى موضع آخر أن هذا الظرف المشدد لا يثبت إلا بوجود أربعة شهود رؤية أو الاعتراف العلنى القضائى المصر عليه، وقد استخلصنا من ذلك أن الظرف المشدد هو "العلانية الفاضحة التى تشيع الفاحشة فى المجتمع"، وهذه العلانية هى التى يلزم لشروط الإقرار العلنى القضائى المصر عليه أو الشهود الأربعة بشرط أن يكونوا شهود رؤية .

ننتقل الآن إلى الصورة الأخرى التى كان موقف الفقه فيها حاسماً، وهو حالة الإقرار غير الصحيح أو الباطل لأنه وقع نتيجة إكراه أو تعذيب، إذ ينقل عن فقهاءنا أن الحكم هنا يختلف عن الحكم فى حالة "العدول عن إقرار صحيح"، إذ يقولون بوجوب الحكم بالبراءة لانعدام الدليل .

في هذا يكون حكم الفقه في أقصى صور الدقة، إذ يرون أن الإقرار نتيجة تعذيب أو تهديد أو تخويف يكون منعما كدليل شرعي ولا يمكن عدّه في مستوى القرائن القضائية التي يجوز للقاضي أن يبنى عليها اقتناعه بثبوت أى فعل جنائي .

وقد نقل لنا حديث ابن عمر الذي دل على أن بطلان الإقرار وانعدامه قد يكون نتيجة مجرد "تجويع أو تخويف أو مجرد توثيق أى تقييد المتهم" .

هذا هو الفقه الراقي الذي فرضته سنة نبينا الكريم منذ أربعة عشر قرنا في حين أن القوانين الوضعية في كثير من البلاد التي تدعى الرقي والتقدم لم تصل إلى هذا الحد الآن ...

وأشوأ من ذلك ما يسير عليه العمل في بعض البلاد من ممارسة الإكراه والتعذيب والتخويف والتهديد على الأفراد - برغم وجود نصوص تحرم ذلك - لانتزاع اعتراف أو إقرار يكون في شريعتنا باطلا ولا أساس له، ولا يجوز أن يكون أساسا لتوقيع حد أو تعزير أو مساءلة من أى نوع ..

إن استبعاد الدليل القانوني المشروط لثبوت الظرف المشدد الموجب لعقوبة الحد أو القصاص لا يسرى على التعازير، لأن الأدلة فيها إقناعية وتقديرية للقاضي. وهذا الأصل لا يطبق في الحدود والقصاص، فإن من رحمة الشارع الحكيم أنه قيد الحكم بها باشتراط توافر أدلة قانونية عينها النص بقصد تقليل حالات توقيع تلك العقوبات القصوى المقدرة واستنبط الفقه من ذلك أنه في حالة عدم توافر الدليل القانوني الاستثنائي (كلاعتراف أو شهادة عدد من الشهود) تستبعد العقوبة المقدرة حدا أو قصاصا، لكن في حالة اقتناع القاضي بثبوت فعل معاقب عليه تعزيرا بالأدلة الإقناعية يترتب على ذلك بقاء حق القاضي في تعزير المتهم رغم سقوط الحد .

معنى ذلك، أن الشبهة التي تدرأ التعزير هي التي تعدم الدليل الإقناعي وتبطله. أما الشبهة التي تدرأ الحد، فهي تنصب فقط على الدليل القانوني الذي فرضه النص لكي تجب العقوبة المشددة التي لا تثبت إلا بالدليل القانوني الاستثنائي الذي اشترطه لثبوت الظرف المشدد، برغم أنه قد يوجد دليل إقناعي أقل منه يكفي لثبوت الفعل وتوافر جميع أركانه التي توجب التعزير ... الذي قلنا بأنه يمكن أن يتجاوز نطاق العقوبات ويكون مجرد تدبير وقائي أو تعبدى يجوز اتخاذ قبل وقوع أى جريمة، بقصد منع ارتكابها .

١٨٣ - البند الثاني تفضيل الخطأ في العفو: من المبادئ العامة المقررة في الشريعة أن الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة. وأصل هذا المبدأ قول الرسول عليه السلام: "إن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة". ومعنى هذا المبدأ أنه لا يصح الحكم بالعقوبة إلا بعد الثبوت من أن الجاني ارتكب الجريمة-٢٢٥-، وأن النص المحرم منطبق على الجريمة، فإذا كان ثمة شك في أن الجاني ارتكب الجريمة، أو في انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للجاني، وجب العفو على الجاني أي: الحكم ببراءته؛ لأن براءة المحرم في حال الشك خير للجماعة، وأدعى إلى تحقيق العدالة من عقاب البريء مع الشك.

ومبدأ الخطأ في العفو ينطبق على كل أنواع الجرائم، فهو ينطبق على جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير. ويمكن القول بأن مبدأ درء الحدود بالشبهات على أهميته يُعدّ تطبيقاً لمبدأ الخطأ في العفو على الأقل في الحالات التي يؤدي فيها درء الحد لتبرئة الجاني.

تعليق "رقم-٢٢٥-": بالطريق الذي عينه الشارع.

وأما في "تعليق-٢٢٥-": السيد الصدر يضيف تحفظاً دقيقاً بأن العقوبات لا يجوز فرضها إلا إذا كان ثبوت ارتكاب المتهم للجريمة قد تم - (بالطريق الذي عينه الشارع الحكيم)، أي أن يستبعد مشروعية توقيع العقاب المقرر في حالة ما إذا ادعى بارتكاب الشخص لجريمة ما لكن لم يتوافر لها الدليل "الذي عينه الشارع" حسب قوله - مهما تكن صعوبة توافر هذا الدليل أو ندرة وجوده كما في بعض جرائم الحدود كالزنا حيث يعين النص القرآني الدليل المقبول بأربعة شهود رؤية لإمكان فرض عقوبة الحد. وهذا تحفظ صحيح نؤيده، لأنه مبني على القواعد العامة، برغم أنه ينسب هذا القول إلى فقهاء مذهبه الجعفرى كما هو الشأن في التعليق التالي. وهذا الشرط يطبق أيضاً في التعازير برغم أن الأدلة فيها إقناعية خاضعة لتقدير القاضى، إلا أنها لا بد أن تكون أدلة صحيحة، أما إذا كانت باطلة لأنها وجدت نتيجة عمل محرم مثل تفشيش باطل أو إكراه وتعليب أو تجسس أو غير ذلك من الأعمال المخربة فلا يجوز لقاضى التعازير أن يأخذها في حسابه ولا أن يحكم بالتعزير بناء عليها.

١٨٤ - القانون والشرعية : وتأخذ القوانين الوضعية بصفة عامة بطريقة الشرعية في التفسير. وإذا كانت القوانين تيل إلى تقييد سلطة القاضي-٢٢٦- في تفسير النصوص الجنائية، إلا أن المحاكم اتجهت تحت تأثير الضرورات العملية، والرغبة في حماية المصالح العامة، إلى التوسع في تفسير النصوص الجنائية. من ذلك أنها اخترعت نظرية التسليم الضروري في السرقة؛ لحماية الجمهور من ضرب من ضرب السرقة، لا يدخل تحت نص القانون إذا أخذ بنظرية التفسير الضيق. وكذلك عدت المحاكم الكهرباء منقولا؛ لتعاقب على اختلاسها بعقوبة السرقة، كذلك عاقبت على سرقة أكفان الموتى. والقاعدة التي تتبعها المحاكم يجعلها أكثر الشراح، وهي عين الطريقة التي تأخذ بها الشرعية الإسلامية. والقاعدة في القانون أن يفسر كل شك لمصلحة المتهم. وتطبق هذه القاعدة قد يؤدي إلى تخفيف عقوبة الجاني، وقد يؤدي إلى تبرئة المتهم. فمثلا إذا شكت المحكمة في توافر ركن الإكراه في السرقة بالإكراه، فسر هذا الشك لمصلحة المتهم، وعدت الواقعة سرقة عادية، وعوقب عليها بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجنائية. وإذا شكت المحكمة في ثبوت الجريمة، أو في توافر ركن من أركانها، حكم براءة المتهم. ويتبين من هذا أن تفسير الشك لمصلحة المتهم في القانون، يقابل في الشرعية درء الحد بالشبهات، وتفضيل الخطأ في العفو ويؤدي إلى نفس نتائج هذين المبدأين^(١).

تعليق "رقم-٢٢٦-": وإلى ذلك يذهب فقهاء المذهب الجعفري، ولهما إذا لم يكن القاضي مجتهدا فإن عليه أن يرجع في تفسيره إلى مجتهد من المجتهدين.

رأيا في "تعليق-٢٢٦-": نرى تأييده لقول فقيهما بأن شريعتنا السمحاء سبقت القوانين الوضعية في وضع الأحكام التي تقيد سلطة القضاء الديني لأنه ليس الحاكم الأخير بل الحكم لله سبحانه وتعالى يوم الدين بعد البعث والنشور. فالأساس عندنا عقيدتي يبدأ بالإيمان يعدالة الله يوم البعث والنشور... الذي لا تقم به القوانين الوضعية "الحديثة".

فضلا عن ذلك يشير السيد الصدر إلى اتجاه فقهاء الجعفرية إلى تقييد سلطة القاضي غير المجتهد، وتلزمه بأن يرجع في تفسير النص إلى مجتهد من المجتهدين - والفقه السني لا يختلف في ذلك، وهذا هو ما يجعلنا نلح في المطالبة بقيام أهل الاجتهاد بالتقنين حتى يلتزم به القضاة غير المجتهدين في عصرنا الحاضر. لكن مع ذلك نرى أن المقلد سواء كان قاضيا أو فردا له دور في تفسير النصوص طالما أنه يلتزم بتنفيذها، ويكون ذلك واجبا حتميا إذا لم يجد في مذهبه ما يكفي لذلك أو لم يجد مجتهدا يرجع إليه.

(١) القانون الجنائي لملي بدوي ص ١٠٦ - ١١٠، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١١٤ - ١١٥.

يشير إلى حديث آخر يوجب على القاضى عند الشك في الإدانة الحكم بتبرئة المتهم؛ لأن تبرئة المتهم في حالة الشك خير من إدانته. وهذا المبدأ يقابل عملاً المبدأ الحديث الذى أشرنا إليه من قبل. وقد انتهز هذه الفرصة ليؤكد أن الفقه العصرى قد توصل أخيراً إلى ما قررتة الشريعة قبله منذ قرون طويلة . . . وهذا يؤكد السبق الزمنى للشريعة على القوانين الوضعية؛ فضلاً عما أشرنا إليه من التفرقة الموضوعية بين القاعدتين التى أشرنا إليهما سابقاً .

ويجب أن نلاحظ أن شريعتنا لم تقرر ذلك ارتجالاً أو من باب العواطف الإنسانية، كما يقول بعض شراح القوانين الوضعية، وإنما كان ذلك نتيجة لما قدمناه من أن العقاب الدنيوى ليس هو الجزء الوحيد على الاعتراف والإقرار، وأن تبرئة المتهم لوجود شبهة لن تعفيه من العذاب والجزاء يوم القيامة الذى يفرضه عليه ملك يوم الدين العادل القادر الذى يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور، وعلمه بالحقيقة لا يرد عليه شك؛ فالشك قد ينفع المجرم في الدنيا وأمام قضاها، لكن لا وجود له يوم الحساب في الآخرة يوم تشهد عليهم أيديهم وأرجلهم بما ارتكبوا . . . فلا محل للشبهات هناك .

أما القوانين الوضعية، فلا تعترف بالجزاء يوم الدين؛ وعندما تبرئ المتهم لوجود شبهة رغم أنه قد يكون هو الجاني فعلاً، يكون لسان حالها كأنه يقول له : لقد نجحت في تضليل القضاء بفضل حيلتك أو ظروف قضيتك وفصاحة محاميك، ونلت البراءة مكافأة لك على حظك السعيد وشطارتك أو على كفاءة محاميك المدافع عنك. أما غيره الذى لا مال عنده ليستعين بكبار المحامين ويدفع لهم الملايين، فهو الذى توقع عليه العقوبة لا جزاء على جرمته فقط بل جزاء على فقره الذى لم يمكنه من دفع أتعاب محام كبير يمكنه من إثبات وجود شبهة ترغزع اقتناع القاضى بأدلة الاقحام . . .

هذا هو الفرق بين عدالة السماء في شريعتنا، وعدالة القوانين "الوضعية".

المبحث الرابع

في تعارض الأحكام (أى النصوص) ونسخها

عوده ١٨٥- التعارض : إذا تعارض نصان في قوة واحدة: كآيتين، أو آية وسنة متواترة، أو سنتين متواترتين، أو حديثين مشهورين، أو خبرين من أخبار الآحاد، وعلم تاريخ ورود كل من النصين المتعارضين كان اللاحق منهما ناسخا للسابق-٢٢٧- . وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين، رجح أحدهما على الآخر بطريق من طرق الترجيح. والترجيح إما أن يكون من ناحية المتن، وإما من ناحية السند، فمن جهة المتن يرجح الأقوى دلالة-٢٢٨-، فيرجح المفهوم بالعبارة على المفهوم بالإشارة وهكذا-٢٢٩-، ويرجح المحكم على المفسر-٢٣٠-، والمفسر على النص وهكذا، ويرجح العام على المخصص-٢٣١- .

المصدر تعليق "رقم-٢٢٧-": إذا لم يمكن الجمع بينهما عرفا وكانا متباينين عند العرف. وأما مع إمكان الجمع بينهما عرفا وكون أحدهما في نظر العرف مفسرا للآخر أو حاكما عليه أو مخصصا أو مقيدا له، على التفصيل الذي ذكرناه آنفا، فلا ريب في تقديم المفسر، ولا يكون هناك تعارض واقعي، وإن توهم ذلك في النظرة الأولى .

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٢٧-": لاشك في أن وجود تعارض بين نصين يحتاج إلى توافر شروط عديدة قد يختلف فيها المفسرون. ويشير السيد الصدر إلى الشروط التي يجب مراعاتها قبل القول بوجود تعارض - لأن التعارض أمر استثنائي لا يجوز القول به دون التأكد من توافر شروطه.

المصدر تعليق "رقم-٢٢٨-": ليست الأقوالية دائما سببا للترجيح، ولا يخرج الدليلان عن التعارض مالم يكن أحدهما مقدما على الآخر عرفا ومفسرا له كما مر ذلك علينا سابقا .

المصدر تعليق "رقم-٢٢٩-": إذا كان المفهوم بالإشارة ملازما لعبارة النص، لا يمكن انشكاكه عنه فلا وجه لتقديم مفهوم العبارة عليه، لأن كلا منهما مستفاد من النص فيقع التعارض بينهما إلا أن يكون أحدهما قرينة على الآخر عرفا كما مر عليك ذلك سابقا .

المصدر تعليق "رقم-٢٣٠-": لا وجه لترجيحه بعد كون كل منهما نصا في المدعى ولا يخرجان عن التعارض إلا إذا كان أحدهما قرينة على الآخر عرفا كما مر عليك ذلك آنفا .

المصدر تعليق "رقم-٢٣١-": أى العام الذي لم يخصص على العام الذي خصص فيما إذا وقع التعارض بين العام الأول وبين ما بقى تحت العام الثاني بعد تخصيصه ولا وجه لتقديم الأول مالم يكن مفسرا عرفا للثاني، كما أن الثاني يقدم إذا كان مفسرا للأول وقرينة عليه عرفية بل =

عوده ومن جهة السند يرجح الخبر الذي رواه من أهل الفقه والأمانة على غيرهم - ٢٣٢ -

وإذا لم يرجح أحد النصين المتعارضين على الآخر، يجمع بينهما بطريق من طرق الجمع والتوفيق - ٢٣٣ -، وهذا يكون بتخصيص أحد النصين لحالة، وتخصيص الآخر بحالة أخرى، أو يجعل أحد النصين مبينا للحكم الديني، والثاني مبينا للحكم الأخروي، أو يجعل أحدهما حقيقياً، والثاني مجازياً أو بغير ذلك.

= اللازم تقديم الثاني إذا أصبح بعد تخصيصه نصاً فيما بقي تحته بأن يكون تقديم العام الأول عليه لا يبقى للعام الثاني فردالة.

الشاوي رأينا في "التعليقات من رقم - ٢٣٨ - إلى - ٢٣٩ -": يطبق الشروط التي ذكرها في التعليق السابق، وقد يمكن التساؤل عن المفهوم من العرف الذي يشير إليه بشأن الجمع بين النصوص أو التوفيق بينها - ونرجح أنه يقصد بذلك ما يسهل عليه جمهور العلماء أو أغلبيتهم.

المصدر تعليق "رقم - ٢٣٢ -": ذهب كثير من فقهاء المذهب الجعفري إلى ترجيح الخبر الذي يوصف رواته بالفاهمة والورع أكثر من الآخر، ويستندون في ذلك إلى خبرين يروى أولهما ابن حنظلة عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع)، ويروى الثاني زرارة عن الإمام جعفر الصادق أيضاً. وذهب جماعة إلى عدم الترجيح بصفات الراوي لضعف سند الحديتين اللذين استدلت بهما الطائفة الأولى مع عدم دلالة رواية حنظلة لأن موردها التعارض بين الحكمين لا الروايتين، وقد ظهر من بيان حجة الطرفين أن الرجحان مع القول الثاني.

الشاوي رأينا في "تعليق - ٢٣٢ -": يؤكد ما قلناه من قبل من أن الشيعة يعطون الأولوية للأخبار المعتمدة، رغم ما قد يوجد بينها من تعارض في نظره وهو يذكر أمثلة لهذا التعارض.

ويسرى أنه يرجح القول بأن التعارض يضعف سند الحديتين المتعارضين معاً، وكنا نود لو أنه أشار في هذه الحالة إلى وجوب الالتزام بالمبادئ العامة واستنباط الحكم منها مباشرة... وأن تكون هي التي ترجح بين الأخبار المتعارضة.

المصدر تعليق "رقم - ٢٣٣ -": إذا كان هناك جمع عرفي بين الدليلين فلا يقع التعارض بين الدليلين لاحتاج إلى الترجيح، وأما مع عدم وجود جمع عرفي بينهما فلا مجال للتوفيق بينهما بمجرد إمكان ذلك ولا يخرج الدليلان بمجرد إمكان الجمع بينهما عن التعارض ما لم تقم قرينة عرفية على هذا الجمع فلا يمكن تخصيص كل من النصين بحالة أو جعل أحدهما لحكم ديني والآخر لحكم أخروي أو أحدهما حقيقياً والآخر مجازياً ما لم تقم قرينة على ذلك ومع قيام القرينة فلا تعارض، فلا يحتاج إلى الترجيح.

عوده وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين، ولم يَقم دليل على رجحان أحدهما على الآخر-٢٣٤-، ولم يمكن الجمع والتوفيق بينهما، عدل عن الاستدلال بهما إلى الاستدلال بما دونهما مرتبة، فإن كان التعارض بين متواترين عدل عنهما إلى خبر الآحاد-٢٣٥-.

ويراعى دائما في حالة الترجيح، والجمع، والتوفيق، عدم الخروج على مبادئ الشريعة العامة وروح التشريع، فتكون الموازنة بين الأدلة قائمة على ضوء مقاصد الشارع والمبادئ العامة-٢٣٦-.

المصدر تعليق "رقم-٢٣٤-": بالمعنى الذى ذكرناه آنفا من الرجحان بحسب الفهم العرفي .
المصدر تعليق "رقم-٢٣٥-": مر علينا قريبا إمكان الاستدلال بأخبار الآحاد حتى مع وجود آية مباركة أو سنة متواترة كما مر علينا قريبا ذلك، كما مر علينا إمكان تخصيص الكتاب والسنة المتواترة بأخبار الآحاد .

المصدر تعليق "رقم-٢٣٦-": ويؤخذ ذلك في مقام الترجيح من الأدلة المثبتة لكيفية الترجيح .
الشاوي رأينا في "التعليقات أرقام-٢٣٣- إلى -٢٣٦-": يضيف ملاحظاته على الجمع والتوفيق بين النصوص المتساوية في القوة، وكل ذلك يدخل في نطاق تفسير النصوص .
 وقد سبق أن قلنا إننا لانقر العلو في الاعتماد على "أخبار الآحاد" إذا تعارضت مع المبادئ العامة، التي هي في نظرنا مرجح أولى بالاعتبار من أخبار الآحاد. وهذا ردنا على مقالته في التعليق رقم-٢٣٥-، وخلصته أن أخبار الأحاد لا يجوز الاعتماد عليها في تخصيص نصوص الكتاب والسنة، إلا إذا كانت المبادئ العامة هي التي تستلزم التخصيص؛ فالعبرة عندنا في هذه الحالة بالمبادئ العامة وبإبداء مقالته فقيها في الفقرة الأخيرة ...

بعد استعراضه لضرورات الترجيح والجمع والتوفيق بين "النصوص" لإزالة شبهة التعارض بينها؛ أشار فقيهما إلى المبدأ الأساسي الذي يجب الالتزام به، وهو ما سماه "عدم الخروج على مبادئ الشريعة العامة وروح التشريع ومقاصد الشارع والأصول الأساسية" - التي قلنا إنها أساس النظريات التشريعية.

إن كل ما يقال في هذا الفصل عما وصفه البعض بالتعارض بين "النصوص" يرجع في الأصل إلى ضرورات التدرج الزمني؛ فالأصل أن الوحي قد سار على سنة "التدرج" في التشريع؛ وقد يكون التدرج صعوديا أو نزوليا - فيكون صعوديا إذا بدأ بحكم فرعي أو محدود ثم وصل إلى المبدأ العام، وبالعكس فإن التدرج يكون نزوليا عندما يقرر مبدأ عاما ثم يخصه بعد ذلك بنص أو سنة عملية.

ومهمة المجتهد هي معرفة نوع التدرج مستعينا بما وصل إلى علمه من تاريخ وظروف نزول النصوص أو السيرة النبوية، فإذا عجز عن معرفة اتجاه التدرج الزمني فإن الواجب هو الاستعانة بالأصول العامة التي وصفها بأنها روح التشريع والمبادئ العامة ومقاصد الشريعة؛ وهي التي يستعان بها في وضع النظريات العامة. وهذا ما يؤكد أهمية التوسع في التنظير في المرحلة الحالية والمستقبل بسبب تعقد العلاقات الاجتماعية وزيادة المشكلات الإنسانية.

أولى مزايا النظريات هي أنها تساعدنا في عملية التوفيق والترجيح بين الآراء والنصوص المختلفة، وتقدم لنا الوسائل الكفيلة بإزالة الظن بوجود تعارض بين النصوص والأحكام والآراء.

إننا نفضل منتهى الحذر، حتى لا يتوسع البعض في ادعاء النسخ دون مبرر أو موجب لذلك، ونكتفي بالقول بأنه ثبت تخصيص بعض النصوص العامة، كما في حالة الفاحشة التي فرض فيها الإمساك في البيوت بالنسبة للزوجات اللاتي يتهمن بها.

❁ عفو الزوج عن زنا زوجته دليل على توبتها :

ولحن نفضل في هذه الحالة القول بأن هذا "الإمساك في البيوت" هو من وسائل التعزير التي يمكن الحكم بها عند سقوط الحد بسبب من الأسباب - والسبب هنا في نظرنا هو حق الزوج في العفو عن الحد، والاكتفاء بالتعزير، وحق الزوج في العفو عن حد الزنا وإن لم يرد به نص كما ورد في شأن حق أولياء الدم أو المجنى عليهم في العفو عن القصاص .

إننا نفضل أن نُعَدَّ هذا النص على أنه يعطى للزوج حق العفو عن الحد الذي تستحقه الزوجة، ولكنفى في هذه الحالة بتعزيرها بإمساكها في بيتها.. حتى يتوفاها الله .. بدليل قوله تعالى : ﴿إِذَا تَابَا وَاصْلَحَا فَأَعْرَضُوا عَنْهُمَا﴾ [النساء: ١٦] - والذي له الحق في تقرير هذه التوبة هو الزوج بالنسبة لزوجته والقاضى بالنسبة لشريكها في الزنا .

عوده ١٨٦ - النسخ : هو إبطال حكم تشريعي بدليل يدل عليه صراحة أو ضمنا إبطالا كلياً أو جزئياً لمصلحة اقتضته .

فالنسخ الصريح هو أن يصدر تشريع ينص صراحة على إبطال تشريع سابق. ومثال ذلك ماحدث في تشريع الزنا، فقد كانت العقوبة أول الأمر الحبس في البيوت والإيذاء، وذلك قوله تعالى : ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلاً * واللذان يأتياها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان تواباً رحيماً﴾ [النساء: ١٥، ١٦]. ثم نسخ ذلك صراحة-٢٣٧- بقوله تعالى : ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾، [النور: ٢]. ويقول رسول الله ﷺ : "خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً؛ البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة". ومثل النسخ الصريح أيضاً قول الرسول عليه السلام: "كنت نهيتكم عن زيارة القبور، ألا فزوروها، فإنها تذكركم الحياة الآخرة".

الصدر تعليق "رقم-٢٣٧-": مر آلفا أن الآية المباركة لا يمكن نسخها إلا بآية متصلة بها فلا تكون هذه الآية ناسخة للآية الأخرى. ولو سلمنا إمكان نسخ القرآن الكريم بآية منفصلة عنه فلا دليل على كون الآية الثانية ناسخة للآية الأولى لأن النسخ متوقف على ثبوت التعارض بين الآيتين، والتعارض إما يكون مع اتحاد مورد الآيتين وعدم إمكان اجتماع الحكمين، وكلا الأمرين محل منع . أما نفى اتحاد مورد الحكمين فليعدم اختصاص الفاحشة بالزنا، فإن معنى الفاحشة عرفاً مايزيد قبحه وتفاخش، فقد يكون بين رجل وامرأة فيكون زنا في الإيلاج، وملاعبة بدونه، وقد يكون بين امرأتين فيكون مساحقة، وقد يكون بين ذكرين فيكون لواطاً مع الإيلاج وملاعبة بدونه. فليست الآية الأولى نصاً في الزنا بل هي شاملة له بالعموم، والآية الثانية مختصة به فتخصص الأولى وتخرج الزنا من عمومها وتجعلها مختصة بما سواه .

كما لا دليل على عدم اجتماع الحكمين لإمكان اجتماعهما فإن الحكم في الآية الأولى حكم وقائي شرع لمنع المرأة من إتيان الفاحشة مرة أخرى والحكم الثاني شرع للتأديب على الجريمة الأولى. رأينا في "تعليق-٢٣٧-": يسرنا أن وجدنا لأول مرة إشارة إلى "الحكم الوقائي" للسيد الصدر الذي نؤيد ماأورده من إمكانية التوفيق بين الآيتين المشار هما في الصلب على أساس أن الأولى حكمها "وقائي لسد باب الوقوع في الفاحشة عموماً"، في حين أن جد الزنا يقرر عقوبة لايتوقع إلا استثناء متى توافرت شروط الحد . فلا داعي للكلام على التعارض .

عوده والنسخ الضمني هو أن يصدر الشارع تشريعا لاحقا لا ينص فيه صراحة على إبطال التشريع السابق، ولكنه يأتي في التشريع اللاحق بأحكام تعارض أحكام التشريع السابق، بحيث لا يمكن التوفيق بين التشريعين إلا بإلغاء أحدهما، فيعتبر اللاحق ناسخا للسابق ضمنا.

والنسخ الكلي هو إبطال تشريع سابق إبطالا كليًا بالنسبة لكل فرد من أفراد المكلفين.

والنسخ الجزئي-٢٣٨- هو أن يبيء التشريع عامًا شاملا كل فرد مكلف، ثم يلغى بالنسبة لبعض الأفراد. ومثال ذلك حكم القذف، فقد كان عاما ثم نسخ-٢٣٩- بالنسبة إلى الأزواج فقط حيث شرعت لهم الملاعة .

المصدر تعليق "رقم-٢٣٨-": ما أسماه المؤلف بالنسخ الجزئي من مصاديق التخصيص للدليل العام السابق، ولعل مراده منه هو الخاص المتأخر الذي يخرج بعض أفراد العام من حين مجيء الخاص لا من أول الأمر .

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٣٨-": نحن نوافق السيد الصدر في أنه لا داعي لوصف "التخصيص" بأنه نسخ جزئي - لأن الإسراف في القول بالنسخ يخل بمهية النصوص وقوتها، ولذلك نؤيد مقاله بأن الملاعة لا يجوز اعتبارها نسخا، بل هي وسيلة لإسقاط الحد عن الزوج القاذف تطبيقا لجدرء الحدود بالشبهات .

المصدر تعليق "رقم-٢٣٩-": لامعارضة بين الحكمين ليكون الثاني ناسخا للأول لأن قذف الزوج يكون سببا لحده كقذف غيره ودليل الملاعة لم ينف ذلك وإنما جعل للزوج طريقا لرفع الحد عنه بالملاعة.

١٨٧ - محل النسخ : محل النسخ هو الأحكام التشريعية، وليست نصوص القرآن والسنة كلها قابلة للنسخ، بمعنى أن ماورد به نص سابق يمكن أن ينسخه نص لاحق، فهناك نصوص محكمة لاتقبل النسخ بحال وهي -٢٤٠- :

أولا : النصوص التي تضمنت أحكاما أساسية كالنصوص التي أوجبت الإيمان بالله ورسله وكتبه واليوم الآخر، والنصوص التي جاءت بأصول العقائد والعبادات، والنصوص التي قررت أمهات الفضائل كالصدق والعدل وأداء الأمانات، والنصوص التي حرمت الرذائل كالشرك بالله وقتل النفس بغير حق، والزنا والسرقه، والفساد في الأرض، والظلم، وغير ذلك .

ثانيا: النصوص التي جاءت بأحكام مؤبدة كقوله تعالى في قاذي المحصنات: ﴿ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا﴾ [النور: ٤].

ثالثا : النصوص التي دلت على وقائع وقعت وأخبرت عن حوادث ، كقوله تعالى : ﴿فأما ثمود فأهلكوا بالطاغية﴾ [الحاقة: ٥] . وكقول الرسول: "نصرت بالرعب مسيرة شهر"؛ لأن نسخ الخبر تكذيب للمخبر به، والكذب محال على الشارع .

هذه الأنواع الثلاثة من النصوص لاتقبل النسخ وليست محلا له، أما ما عداها من النصوص فهو يقبل النسخ .

تعليق "رقم-٢٤٠-": أما ذكره أولا فهو وإن أمكن أن يسخ إلا أنه يقطع بعدم نسخه للعلم بقاء هذه الأحكام. وأما قوله سبحانه: ﴿ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا﴾ [النور: ٤]. فليس المراد منه عدم قبول شهادتهم مدى الدهر ليدل على أن هذه الأحكام لن تسخ أبدا بل المراد لاتقبل شهادتهم بعد الحد وقبله فهي كغيرها من الأحكام قابلة للنسخ، وأما ما استثناء ثالثا فهو غريب لأن النسخ في الأحكام لا في الأخبار فهو خارج عن محل الكلام .

الشاوي رابنا في "تعليق-٢٤٠-": الجدل الذي يشه السيد الصدر حول "اصناف" النصوص المحكمة، لاجل له في نظرنا، لأن الأولى عد جميع النصوص القرآنية محكمة والاكتفاء بذكر النصوص التي يقال إنها نسخت بصفتها هي الاستثناء - وليست القاعدة - إن الاستثناء له شروط وقود لابد من مراعاتها .

إن كثيرين يجادلون في القول بالنسخ حتى في الحالات الاستثنائية أو في كثير منها على الأقل، فيجب على من يقولون بالنسخ أن يسلحوا بأن حالاته استثنائية : (بل مشكوك فيها) وأن الأصل العام هو أن النصوص القرآنية محكمة . وبذلك يضيق الفاصل بين الرايين في التطبيق ويكون محصورا في حالات محدودة هي محل جدل .

موضوع النسخ هو الأحكام التي وردت بها نصوص في القرآن أو السنة. ويعترض كثير من الفقهاء على القول بالنسخ فيما يتعلق بنصوص القرآن الكريم، ويفسرون إشارة القرآن الكريم إلى نسخ "الآيات" بأن المقصود بها نسخ الآيات التي جاء بها الأنبياء السابقون بأحكام شريعة هذه الرسالة الخاتمة.

وقد أشار فقهاءنا إلى أن محل النسخ لا يمكن أن يمتد إلى النصوص التي وصفها بأنها "محكمة"، ويشير بذلك إلى أن القرآن ذاته أشار إلى وجود نصوص محكمة إلى جانب نصوص متشابهة يصفها الفقهاء بأن دلالتها ظنية، وهي وحدها التي يدخل عليها "النسخ". ونحن نقر بكل ذلك، لكننا نضيف إلى ما ذكره ما نعدّه المبدأ الأساسي والأول في نظرنا والذي أشار إليه فيما سبق وهو ما سميناه وجوب مراعاة "الأصول والمقاصد والنظريات العامة".

وقبل أن نعرض ما قدمه في هذا الموضوع يجب أن أقر بأنني كنت أميل لترجيح أقوال المعارضين للنسخ في القرآن الكريم وخاصة من المحدثين الذين كتبوا في هذا الاتجاه، وحيثهم أنهم يخشون أن يكون في القول بنسخ أحكام وردت في نصوص الكتاب الكريم إخلال بقداسته وزعزعة ماقرره الفقه في قدسية نصوصه. وقد عرض هذه الآراء وأيدها ودافع عنها صديقنا الأستاذ الدكتور الهاشمي التيجاني من علماء الجزائر المدققين، في رسالته بعنوان "مذهب النسخ في التفسير وأبعاده الاجتماعية" التي نشرت طبعها الأولى في الجزائر عام 1413 / 1993، وأعجبنا فيه توسعه في عرض الخلافات حول تعريفه ومدلوله وأنواعه وخاصة في التمييز بينه وبين التخصيص الذي لا يجوز وصفه بأنه نسخ.

وعلى الرغم من أن من قالوا بوجود النسخ في القرآن يقدمون حججا منطقية، فإنني أرى أن علماء عصرنا قد بذلوا جهودا محدودة لاستبعاد كل صور التعارض (الموهوم) بين بعض النصوص، التي استند إليها أسلافنا في قولهم بوجود حالات النسخ، وإنني أرى أنهم على حق في أنه يجب ألا نقول، ولا نقبل القول بنسخ آية من القرآن إلا بما هو نظير لها من آيات قرآنية لاحقة لها، وإنني أرى أننا يجب أن نتردد في قبول القول بأن السنة يمكن أن يقال بأنها قد تنسخ بعض أحكام القرآن الكريم وخاصة إذا كانت من سنن الأحاد. ومن الواضح أن موضوع النسخ يدخل في نطاق علم التفسير.

١٨٨- متى كان النسخ ؟ : وإذا قلنا إن النصوص تقبل النسخ أو لا تقبله، فهذا القول فيما يتعلق بالقرآن والسنة، ينطبق على العهد الذي كان التشريع يتزل فيه، وهو ينتهي بوفاة الرسول ﷺ، أما بعد وفاته فقد أصبحت نصوص القرآن والسنة محكمة جميعها لا تقبل النسخ-٢٤١-، ولا هي محل له، حيث لا توجد سلطة تملك تغيير-٢٤٢- ما أنزله الله على رسوله بعد انقطاع الوحي بوفاة الرسول .

تعليق "رقم-٢٤١-": النسخ بمعناه الواقعي غير معقول حتى أيام النبي ﷺ، لأن لازمه أن الله سبحانه وتعالى يحكم بحكم ثم يبدو له فساد هذا الحكم فيرفع أو يبدله، وهذا مستحيل بالنسبة إليه سبحانه وتعالى، وإنما النسخ في الأحكام الشرعية نسخ صوري بمعنى أن الحكم من أول الأمر موقت بوقت معين، ولكن اقتضت الحكمة الإلهية إظهاره بمظهر الحكم الدائم المستمر، ولما انتهى أمده أمر الله سبحانه وتعالى في كتابه وعلى لسان نبيه بارتفاعه فكان شبيهاً بالنسخ الحقيقي. ثم إن مدة الحكم قد تنتهي أيام النبي ﷺ فيخير ﷺ بانتهائها، وقد تنتهي بعده ﷺ فيخير النبي ﷺ وصيه بظرف انتهاء مدته فيعلن الوصي انتهاء المدة حينما يتحقق ذلك الظرف، فلا فرق في استحالة النسخ الحقيقي وإمكان النسخ الصوري بين أيامه ﷺ وما بعده وفاته.

تعليق "رقم-٢٤٢-": لاسلطة تملك تغيير ما أنزله الله سبحانه وتعالى إلا الله وحده، وإنما وظيفة النبي ﷺ الإخبار عن هذا التغيير. وكما يمكن للنبي أن يخبر بلسانه يمكن أن يخبر خليفته ووصيه من بعده بأن التغيير سيكون بعده، فحينما يتحقق ذلك الزمان وتنتهي مدة الحكم المسوخ بخبر الوصي بذلك.

رأينا في "التعليق-٢٤١-، -٢٤٢-": أنهما يؤكدان ما قلناه من وجوب التخرج من القول بالنسخ وأن الأفضل هو غلظه "صورياً" كما يشير السيد الصدر - لأن حكم النص "المسوخ" كان مؤقناً أو "ظرفياً" توقف تطبيقه عندما زال الظرف أو الوقت الذي اقتضاه. لكننا لانقر بما قاله بشأن "وصي الرسول الكريم" الذي يدعى أنه يملك تغيير الأحكام أو الإخبار عن تغييرها ... إن شريعنا فتحت للأمة باب التجديد والاجتهاد - على أن ذلك لجميع أهل الاجتهاد، ولا يمكن أن يختص به شخص أو هيئة بحجة أن هذا وصي أو خليفة ...

موضوع النسخ خاص بنصوص الكتاب والسنة وما قررته النصوص القطعية في عهد الرسالة (بوحى صريح في القرآن أو إقرار ضمنى في السنة)؛ أما تطور الأحكام الاجتهادية أو الإجماعية فلا يسمى نسخاً؛ وإنما هو نمو في الأحكام وتجديد فيها، أو تطوير لها، لأن دلالتها ظنية ولذلك تقبل التعديل والتغيير والتطور.

ولهذا فإنه قال إن زمن النسخ هو في فترة الوحي - أى في حياة الرسول الأمين . لكن ذلك لا يمنع من أن يستمر الاجتهاد بشأن الترجيح والتوفيق والجمع بين النصوص في جميع العصور، وهذا الترجيح والتوفيق هو مهمة المجتهدين والمفسرين والفقهاء، وليست خاصة بوصى أو خليفة .

بل إننا نشاهد تزايد الحوار والجدل بشأن النسخ ذاته في العصر الحاضر، لأنه كان وما زال موضوعاً للاجتهاد واختلاف الآراء. ويقال إن الاصفهاني أول من عارض القول بالنسخ، وكثير من المحدثين يعارض فكرة النسخ مثل الشيخ "محمد الغزالي" والدكتور "مصطفى زيد".

وأحكام الفقه المستمدة من الإجماع أو الاجتهاد هي جزء من الشريعة بالمعنى العام، ولكنها أدنى درجات الأحكام الشرعية، فمشروعيتها مستمدة من استنباط أحكامها من الكتاب والسنة (وهي الشريعة بالمعنى الضيق) ..

ولذلك، فإن أحكام الفقه تكون أعلى من النظم الوضعية، ولا يجوز لتلك الأنظمة أن تخرج عن نطاقها أو تعطل أحكامها، سواء كانت مقننة أو متناثرة في كتب الفقه . وعلاقة الأنظمة الوضعية بأحكام الشريعة هي موضوع المبحث الخامس في كتاب فقيها فيما بعد

١٨٩- أن النص مخصص لتنسخ الأخرى؟ القاعدة العامة في الشريعة أن النص لا ينسخه إلا نص في قوته أو أقوى منه، وأن النص الأقل قوة لا ينسخ نصاً أقوى منه. والنصوص في الشريعة مصدرها كما علمنا القرآن والسنة والإجماع والقياس-٢٤٣-، وما يصدره أولو الأمر من قوانين ولوائح وقرارات-٢٤٤-، والمصدران الأساسيان للشريعة هما القرآن والسنة-٢٤٥-، فهما اللذان جاءا بأسس الشريعة وأحكامها العامة والخاصة، أما بقية المصادر فهي لاتأتي بأسس شرعية جديدة، ولا تضع أحكاماً عامة جديدة، وإنما هي طرق للاستدلال على الأحكام الشرعية من نصوص القرآن والسنة. فهي لا يمكن أن تأتي بما يخالف القرآن والسنة؛ لأنها تستمد منهما وتستند على نصوصهما، وهذا ينطبق على الإجماع والقياس كما ينطبق على القوانين واللوائح

المصدر تعليق "رقم-٢٤٣-": وقد مر علينا سابقاً أن القياس ليس من مصادر التشريع في الفقه الجعفري وأن رابع مصادر التشريع عند فقهاء المذهب الجعفري هو العقل.

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٤٣-": جميع ماورد في التعليقات على هذا البند سبق لنا الكلام عنها. فالتعليقات أرقام-٢٤٣- إلى-٢٤٦- تعيد ماقاله في استبعاد القياس عند الجعفرية، ولا نعتقد أنهم كانوا في حاجة لذلك ماداموا يعدّون "العقل" هو المصدر الرابع، لأن القياس في نظرنا صورة من صور استعمال العقل، بل هي أولى الصور.

المصدر تعليق "رقم-٢٤٤-": تكون ناقذة المفعول في ظرف خاص، إذ ليس لأولى الأمر تشريع حكم دائم مستمر.

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٤٤-": نرى أنه على حق لأن ما يامر به "أولو الأمر" هي أحكام ظرفية ومؤقتة دائماً. وقد عاد لتأكيد ذلك في تعليقه رقم 247. هذا، مع تأكيدنا على أن أولى الأمر في التشريع هم أهل الاجتهاد لا السلاطين والحكام.

المصدر تعليق "رقم-٢٤٥-": والأخبار المروية عن أئمة أهل البيت داخلة في السنة لأنهم ينطقون عن لسان جدهم النبي (ﷺ)، وقد أمرنا (ﷺ) باتباعهم بقوله: "أهل بيتي كسفة نوح، من تمسك بهم نجا، ومن تخلف عنهم هوى"، ويقول (ﷺ): "إني مخلف فيكم الثقلين كتاب الله وعترتي أهل بيتي لن يفترقا حتى يردها عليّ الخوض، ما أن تمسكتم بهما لن تضلوا أبداً".

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٤٥-": تكرار لما قاله عن إعطائهم الأولوية لما يسميه "الأخبار المروية عن أئمة أهل البيت..."، ولرى أن يتقيد ذلك بما يغليه العقل وما توجهه المبادئ والنظريات العامة، وأن ترجيح أقوال الأئمة من آل البيت أساسه الثقة في نزاهتهم وصلاحتهم، وليس النصوص التي لا يذكرها إلا المذاهب الشيعية.

عوده

التي يصدرها أولو الأمر. فالإجماع أساسه-٢٤٦- اتفاق المجتهدين على حكم شرعى متفق مع نصوص القرآن والسنة، فإن لم يكن نص فلا بد أن يكون متفقا مع مبادئ الشريعة العامة وروحها. والقياس أساسه إلحاق مالا نص فيه بما فيه نص من القرآن أو السنة، والقوانين واللوائح تصدر من أولى الأمر؛ لتنظيم حال الجماعة على أساس القرآن والسنة، وتجب طاعتها-٢٤٧- كلما كانت صادرة على هذا الأساس، وإلا فلا طاعة لها ولا لمن أصدرها.

ويتبين مما سبق أن القرآن والسنة هما أساس الشريعة ومرجعها، وأهما أقوى مصادر الشريعة وأعلاها درجة، أما بقية المصادر فهي تابعة للقرآن والسنة، وتقوم على نصوصهما. فالقرآن والسنة أصل وبقية المصادر فروع لهما، ولا يمكن عقلا أن يكون الفرع مساويا للأصل ولا أقوى منه. وإذن، فمن المحال أن ينسخ القرآن أو السنة إجماع أو قياس^(١) أو قانون أو لائحة.

أما نصوص القرآن فينسخ بعضها بعضا-٢٤٨-، وقد تنسخها السنة المتواترة؛ لأنها كلها قطعية وفي قوة واحدة.

النصر

تعليق "رقم-٢٤٦-": لا يكون الإجماع معتبرا عند فقهاء المذهب الجعفرى ما لم يكن كاشفا عن رأى نبي أو إمام معصوم، ولا يكون كاشفا إذا خالف الكتاب والسنة فلا يكون معتبرا عندهم.

وأما القياس فلا يعتمد عليه فقهاء المذهب الجعفرى إلا إذا حصل القطع بمسببة الحكم الشرعى ولا يمكن أن يكون سببا لحصول القطع بالحكم الشرعى مع مخالفته للكتاب أو السنة.

الشاؤى

رأينا في "تعليق-٢٤٦-": "نؤذ غلوا في إقحام الادعاء بالكشف عن رأى "المعصوم" من أجل إنكار حجة الإجماع، لأن حججه في نظرنا أولى من هذه الافتراضات التي قد تثير خلافات وجدلا لا نهاية له، وتغني عن ذلك الافتراض الذى لا أساس له ولا دليل عليه.

النصر

تعليق "رقم-٢٤٧-": في زمان خاص كما مر علينا ذلك قريبا.

النصر

تعليق "رقم-٢٤٨-": مر علينا مرارا أن الآية المباركة لا تنسخ إلا بآية متصلة بها معلنة نسخها، فلا نسخ بآية منفصلة ولا بالسنة المتواترة فضلا عن أخبار الآحاد، إذ إن من المنافي للحكمة وجود آية في القرآن لا يعمل بها مع عدم قرينة على ذلك.

الشاؤى

رأينا في "تعليق-٢٤٨-": يشير إلى الاتجاه الراجح لدى كثيرين من أن السنة لا يمكن القول بأنها ناسخة لحكم قرآنى، سواء كانت متواترة أو آحادا.

(١) المستفى للقرآلى جـ ١ ص ١٢٦، فواتح الرحموت فى شرح مسلم النبوت جـ ٣ ص ٨٤.

عوده ونصوص السنة غير المتواترة قد ينسخ بعضها بعضاً؛ لأنها في قوة واحدة، وقد ينسخها القرآن والسنة المتواترة؛ لأنهما أقوى منها .
ولكن لا ينسخ نص قرآني أو سنة متواترة بسنة غير متواترة؛ لأن الأقوى لا ينسخ بما هو أقل منه قوة-٢٤٩-

وقد استقرت نصوص القرآن والسنة بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، إذ بوفاته انقطع الوحي، وانقطع ورود النصوص-٢٥٠-، فصارت نصوص القرآن والسنة محكمة؛ لأن باب نسخها أغلق نهائياً، وأصبحت قانوناً واحداً يفسر خاصها العام، ويبين مقيداً المطلق؛ كأنما شرعت كلها دفعة واحدة على الحالة التي انتهت إليها.

الصدر تعليق "رقم-٢٤٩-": لا دليل على هذه القاعدة، وإن كان الحق أن القرآن الكريم لا ينسخ بالخير الواحد كما ذكرناه قريباً من منافاة ذلك للحكمة وإجماع المسلمين على ذلك.

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٤٩-": "يحتج بإجماع المسلمين على أن القرآن لا ينسخ بخير الأحاد... مما يدل على عدم تقيده بما قدمه سابقاً بشأن عدم حجية الإجماع.

الصدر تعليق "رقم-٢٥٠-": الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري أن الأخبار المروية عن أئمة أهل البيت الذين ثبت إمامتهم وعصمتهم بالأدلة القطعية كأنما رويت عنه (عليه السلام) لأنهم ينطقون عن لسانه وقد أمرنا (عليه السلام) باتباعهم كما أشرنا إلى ذلك قريباً، ولأنهم عليهم السلام إنما يخبرون من العلم الذي وصلهم من جدهم أمير المؤمنين علي (ع) عن جدهم النبي الأعظم (عليه السلام). ولقد قال أمير المؤمنين علي (ع): "علمني رسول الله ألف باب من العلم يفتح لي من كل باب ألف باب".
ولقد ذكرنا قريباً أن النسخ الحقيقي مستحيل في أيام حياة النبي (عليه السلام) وبعد وفاته، وأن النسخ الظاهري بالمعنى الذي ذكرناه سابقاً: فكما يمكن أن يكون حال حياته يمكن أن يكون بعد وفاته.

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٥٠-": ما ذكره هو ما يختص به المذهب الجعفري ولا يسلم به غيرهم.

١٩٠- حكم الإجماع والقياس المخالفين للقرآن والسنة : يصعب أن يكون هناك إجماع أو قياس مخالف للقرآن والسنة، لأن الإجماع يجب أن يقوم على دليل من القرآن والسنة-٢٥١-. فلا إجماع بلا مستند شرعي^(١). وإذا كان من شروط الإجماع أن يكون مستندا إلى القرآن والسنة، فلا يتصور أن يكون مخالفا لهما، إلا إذا كان إجماعا ممن يجهل القرآن والسنة ومن غير المجتهدين، وهذا ليس إجماعا شرعيا ولا يترتب عليه أى أثر شرعي، وكل ما يأتى عن طريقه باطل بطلانا مطلقا. ومن المستبعد أن يكون هناك قياس-٢٥٢- مخالف للقرآن والسنة إذا روعيت شروط القياس؛ لأن أساس القياس أنه يلحق ما لا نص فيه بما فيه نص؛ لاشتراكهما في علة الحكم، فالحكم الذى يجيء عن طريق القياس هو دائما حكم من أحكام القرآن أو السنة، فإذا فرض أن قياسا ما، جاء بحكم مخالف للقرآن أو السنة، فهو قياس باطل بطلانا مطلقا؛ لأن من الشروط الأساسية في الشريعة أن يراعى المجتهد النصوص قبل كل شيء فلا يخرج عليها، وأن يتقيد بمقاصد الشارع العامة وبروح التشريع^(٢).

الصدر تعليق "رقم-٢٥١-": أى يجب أن يكون للمجمعين دليل يستدلون إليه .
الصدر تعليق "رقم-٢٥٢-": لا اعتبار بالقياس عند فقهاء المذهب الجعفرى كما مر علينا ذلك، إلا مع حصول العلم بواسطة بالحكم الشرعى، ولا يعقل أن يكون سببا للعلم بالحكم الشرعى مع مخالفته للكتاب والسنة.

الشافعى رأينا في "تعليقي-٢٥١-، -٢٥٢-": يتفق مع فقيها في استبعاد وجود إجماع أو قياس مخالف لنصوص الكتاب والسنة - وإن كان التعليل مختلفا فيما يتعلق بالقياس، ولكنه في نظرنا اختلاف ظاهرى فقط، والمتفق عليه هو أن الإجماع والقياس يستندان إلى مصادر شرعية من الكتاب والسنة، فلا يتصور أن يتناقضا مع الكتاب أو السنة.

(١) فوائد الرخوت في شرح مسلم النور ج-٢ ص ٢٣٨ .

(٢) راجع الفقرات ١١٥، ١٣٠، ١٦٩ - ١٧٥ .

التفاوت في مصادر الأحكام مبدأ أساسى في شريعتنا؛ وأولوية القرآن ثم السنة قاعدة عامة - لأن ما يُعدّ قياساً (اجتهاداً) أو إجماعاً يجب لشريعته أن يستند إلى مبادئ هذين الأصلين المتصلين بالوحي مباشرة (القرآن) وضمناً (في السنة)، ولذلك لا يمكن للاجتهاد أو الإجماع أن ينسخ حكماً قرره القرآن الكريم أو السنة .

لكننا أشرنا إلى أن الدور الأساسى للمصدرين الثانويين (الإجماع والاجتهاد) هو تفسير نصوص القرآن والسنة؛ وهذا التفسير لا ينقطع الاجتهاد فيه ولا الجدل بشأنه، وهو موضوع من أهم موضوعات الاجتهاد؛ وهو الطريقة الشرعية لفهم النصوص ومعرفة مقاصدها ومضمونها، ولذلك فإنه ماض إلى يوم القيامة .

وفي عصرنا والعصور التالية لا يقتصر التفسير على الاستدلال على المعاني من عبارات النصوص وألفاظها وأسباب نزولها وما إلى ذلك؛ بل إنه كثيراً ما يمر بمرحلة التنظير، التي تبدأ باستنباط المبادئ والأصول العامة من النصوص، حتى ولو كانت في ظاهرها مقررّة لأحكام فرعية، لكنّها تشير إلى مبادئ عليا يمكننا إذا عددناها قواعد عامة استنباط الأحكام في إطار هذه المبادئ التي تُعدّ نظريات عامة تكون منبعاً لا ينضب ولا يتوقف لمزيد من الأحكام الفرعية نواجه بها مشكلات كل عصر ومقتضيات تطور المجتمعات ونمو الحضارات ...

والقاعدة الأولى هي أن كل حكم لا ينسخه إلا نص في مستوى النص الذي قرره أو أقوى منه. وعلى ذلك، فإن ما قرره القرآن لا ينسخ إلا بنص قرآنى، ولكن النص القرآنى يمكن أن ينسخ ما قرره السنة، لأنه أقوى منها .

بل إن السنة درجات، وكل درجة لا يمكن أن تنسخ إلا بما يعادلها أو أقوى منها،

كما هو مبين في المتن بوضوح .

وقد أشار فقيها إلى ما سماه "القوانين واللوائح" التي يصدرها "أولو الأمر"، ونفضل وصفها بالأنظمة لأنها في درجة أدنى من التشريع الإلهي، ولذلك فإنها لا تستطيع أن تغيره أو تعطله، وتكون باطلة إذا خالفته، لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق. وهي بذاتها على درجات متفاوتة، وكل درجة منها لا يجوز أن تخالف ما هو أقوى منها - وأقواها هي الدساتير ثم "القوانين العادية" ثم اللوائح .. وكلها تخضع لسيادة الشريعة بجميع أحكامها، فلا يجوز لها أن تعدل فيها، أو تعطل أحكامها أو أن تكون بديلاً عنها كما هو حادث اليوم في كثير من النظم "العصرية" التي تعطل الشريعة وتكتفى بالأنظمة الوضعية .

لذلك أكدنا مراراً على ضرورة التمييز بين الأنظمة وبين التقنيات الشرعية التي تُعدّ جزءاً من أحكام الفقه على مذهب معين أو من مذاهب كثيرة، وتلتزم بالنصوص والمصادر الشرعية .

المبحث الخامس

في علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين

١٩١ - حكم القوانين واللوائح الخالفة للقرآن والسنة : إذا جاءت القوانين واللوائح متفقة مع نصوص القرآن والسنة، أو متمشية مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، وجبت الطاعة لها-٢٥٣-، وحقت العقوبة على من خالفها. أما إذا جاءت القوانين واللوائح خارجة على نصوص القرآن والسنة، أو خارجة على مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية-٢٥٤-، فهي قوانين ولوائح باطلة بطلاناً مطلقاً، وليس لأحد أن يطيعها، بل على كل مسلم أن يجارها. وسنبين فيما يلي أسباب هذا البطلان بعد أن نتكلم عن نظرية البطلان ذاتها .

١٩٢ - نظرية البطلان في الشريعة : أساس نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية هو أن الأوامر والنواهي لم تجئ عبثاً، وأن الله أنزل كتابه وأرسل رسوله للناس؛ ليطيعوه ويعملوا بما جاء به، فمن عمل بما جاء به الرسول فعمله صحيح؛ لأنه وافق أمر الشارع، ومن خالف فقد بطل عمله، لمخالفته أمر الشارع، والله تعالى يقول: ﴿وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله﴾. [النساء: ٦٤] . ويقول : ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾. [الحشر: ٧] . ويقول : ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول﴾ [النساء: ٥٩] .

وتنطبق نظرية البطلان على عمل الأفراد والجماعات، والحكام والمحكومين وتصرفات هؤلاء وهؤلاء، فكل عمل أو تصرف جاء موافقاً لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة وروحها فهو صحيح، وما جاء مخالفاً لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها

تعليق "رقم-٢٥٣-": إذا كانت من حكومة إسلامية يجب إطاعة أحكامها .
رأينا في "تعليق-٢٥٣-": لا يكتفى السيد الصدر بما اشترطه فقيها من عدم مخالفة النصوص الوضعية للنصوص الشرعية ومبادئها وروحها، بل يضيف لذلك شرطاً آخر هو أن تكون "الحكومة" التي أصدرتها حكومة إسلامية، ونحن نؤيد ذلك .

ولنحتمل نعتق بأن فقيها يفترض هذا الشرط، لأنه يبحث في حكم هذه القوانين من وجهة نظر شريعتنا. فالدولة التي تطبق الشريعة وتلتزم بها هي التي تلتزم بالبطلان الذي يقرره، وهذا كان حال الدول الإسلامية التي تلتزم بالشريعة وسيادتها؛ فكل مخالفة منها لأحكام شريعتنا تستوجب البطلان. أما الدول "العصرية" التي تتبرأ من الشريعة أو تنكر لها فوجودها ذاته باطل - في نظره - وكل ما يصدر عنها باطل شرعاً، ولا محل للقول بالتفرقة بين ما وافق الشريعة وما يخالفها.

تعليق "رقم-٢٥٤-": التي يقطع بالاتفاق معها بموافقة الشريعة وبمخالفتها مخالفة الشريعة.

عوده

التشريعة-٢٥٥- فهو باطل بطلانا أصليا، ولا يترتب عليه أى أثر. ومن ثم، فكل قانون أو لائحة أو أمر جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلانا مطلقا، وكل عبادة جاءت على خلاف الشريعة فهي عبادة باطلة، وكل تصرف أو عقد جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلانا مطلقا. فالعمل إما أن يكون موافقا للشريعة فهو صحيح، وإما أن يكون مخالفا لها فهو باطل، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء. والمخالفون -وهم الأحناف- لا يخالفون نظرية الجمهور فيما يمس حقوق الجماعة، فعندهم أن القوانين واللوائح والأوامر المخالفة للشريعة باطلة بطلانا مطلقا، ولكنهم يخالفون فيما يمس حقوق الأفراد، أى في العقود والتصرفات، فيرون أنها تكون صحيحة إذا جاءت موافقة للشريعة، فإذا جاءت على خلافها فهي باطلة بطلانا مطلقا إذا كان الخلل في أصل العقد أو التصرف، أى : في ركن من أركانه، أما إذا كان الخلل في وصف من أوصاف العقد أو التصرف: أى في شرط خارج عن ماهيته وأركانه، فالعقد أو التصرف يكون فاسدا لا باطلا. والفرق بين الفاسد والباطل عندهم أن الباطل لا يترتب عليه أثر طلقا، وأن الفاسد يترتب عليه بعض آثاره^(١)-٢٥٦-.

النص

الشاوي

تعليق "رقم-٢٥٥-": بالمعنى الذى مر علينا قريبا.

وأينا في "التعليقين رقمى-٢٥٤-،-٢٥٥-": يشترط لوقوع البطلان أن تكون المخالفة للشريعة مقطوعا بها، وهذا شرط بديهي.

النص

الشاوي

تعليق "رقم-٢٥٦-": الرأى السائد بين المتأخرين من فقهاء المذهب الجعفرى أن النهى إذا تعلق بأمر خارج عن العقد، كما إذا نهى عنه في زمان خاص احتراماً لذلك الزمان أو في مكان خاص احتراماً لذلك المكان، فلا يصح العقد في ذلك المكان أو الزمان باطلا، بل يقع صحيحا، وإن عُدَّ معصية للنهى الشرعى عنه. ومثاله المعروف عند الفقهاء النهى عن البيع وقت النداء يوم الجمعة، فإن النهى ليس لأنه يشترط في البيع وقوعه في غير وقت النداء وليس لأن في البيع وقت النداء منقصة بوصفه بيعا، بل لأجل المخالفة على الاجتماع في صلاة الجمعة وعدم التفرق عنها، فإذا عصى المكلف وباع أو اشترى يوم الجمعة وقت النداء فإنه يعصى النهى لكن بيعه صحيح.

وأينا في "تعليق-٢٥٦-": يشير إلى أن الجعفرية يفرقون بين المعاصى الناتجة عن مخالفة شروط صحة العقد، ويترتب عليها بطلانه، وبين المعاصى الخارجة عن نطاق العقد فلا يترتب عليها بطلان العقد، مثل البيع الذى يعقد وقت صلاة الجمعة فهو صحيح لكن من قاموا به قد ارتكبوا معصية. وهذه تفرقة دقيقة لا مجال للاعتراض عليها.

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج١ ص ١٨٦، ١٨٧، المستصفى للغزالي ج١ ص ٩٤، أصول الفقه لعبد الرهاب خلاف ص ٩٩-١٠١.

وإذا طبقنا نظرية البطلان على القوانين واللوائح والقرارات والأوامر، أمكننا أن نقول على وجه القطع: إن التشريعات الوضعية على اختلاف أسمائها تكون باطلة بطلاناً مطلقاً كلما جاءت مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية، أو خارجة على مبادئها العامة، أو مباينة لروح التشريع الإسلامي. وأساس هذا البطلان كونها مخالفة للشريعة طبقاً لرأي جمهور الفقهاء، وأساسه طبقاً لرأي أبي حنيفة وأصحابه أن القوانين واللوائح والأوامر مما يمس صالح الجماعة ونظامها العام، أو يمس حقوق الله طبقاً لتعبيرهم، وكل ما يتصل بصالح الجماعة ونظامها باطل بطلاناً مطلقاً إذا جاء مخالفاً للشريعة الإسلامية. فأساس البطلان إذن ياجماع الفقهاء هو مخالفة القوانين واللوائح والقرارات والأوامر لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية.

إنه استعان بمبادئ "أصول الفقه" عندما توسع في بحث "مصادر التشريع الجنائي" - والآن نراه يستعين بمبادئ "أصول الحكم ونظرية الدولة" عندما تصدى لموضوع العلاقة بين أحكام الشريعة ونصوص القوانين "الوضعية".

أول ما نلاحظه هو أن هذه مشكلة مستحدثة نتجت عما وصلت إليه "النظم السياسية العصرية" من ممارسة الدول "سلطة التشريع" اعتماداً على النظريات الدستورية والسياسية المستوردة التي تُعَدُّ التشريع تعبيراً عن إرادة "الدولة"، وأن سلطاتها النظامية هي التي "تضع" التشريعات وتعطيها قوة تنفيذية.

خلال جميع عصور تاريخنا كانت الدول "الإسلامية" لاتدعى لنفسها حق التشريع؛ وبالتالي لم يكن يوجد ما يسمى الآن بالقوانين الوضعية؛ وكانت كل تصرفات "أولى الأمر" من السلاطين أعمالاً فردية يمكن للفقهاء أن يقرروا حكمها تطبيقاً لمبادئ شريعتنا وأحكامها قياساً على الأحكام المقررة لأعمال الأفراد.

في عصرنا استحدثت الدول في كثير من بلادنا نظاماً سياسياً يعترف لها بممارسة "سلطة التشريع" بقوانين تصدرها الدول المختلفة. فالمشكلة العصرية ليست مشكلة تعارض بين قانونين، بل هي أكبر من ذلك لأنها مشكلة "شرعية الدولة وحدود سلطاتها"، وبالتالي قد يترتب عليها القول بعدم مشروعية النظم السياسية "العصرية" إذا أصدرت تشريعات وضعية لاتستمد من مبادئ شريعتنا أو تتعارض مع أحكامها.

صحيح أن الاستيلاء على الولاية بالقوة والغلب في الدول الإسلامية ظاهرة قديمة منذ انتهى عهد الخلافة الراشدة القائمة على الشورى والبيعة الحرة، وتحولت "الخلافة" على حد تعبير فقهاءنا إلى "ملك عضوض" منذ عهد الأمويين؛ لكن هؤلاء الخلفاء أو السلاطين الذين استولوا على السلطة بالقوة والغلب دون التزام بمبدأ الشورى والبيعة الحرة لم يدعوا لأنفسهم سلطة التشريع؛ ولم يصدرُوا "قوانين وضعية"، لذلك قلنا إن القوانين الوضعية ومشكلتها ظاهرة عصرية مستحدثة لم يعرفها فقهاؤنا السالفون.

﴿النص في الدستور الوضعي على أن الدولة دينها الإسلام معناه أن الشريعة

هي دستورنا والقوانين المخالفة لها تكون باطلة لأنها غير دستورية

وإذا كان فقهاؤنا السابقون قد أجمعوا على "بطلان" كل عمل يخالف شريعتنا، فإن الأعمال التي واجهوها في عصورهم كانت أعمالاً فردية أو على الأكثر قرارات أو تصرفات إدارية؛ ولم يكن لها صفة القانون الوضعي أو التشريع، سواء كان تشريعاً جنائياً أو مدنياً أو غير ذلك من أنواع القوانين التي تواجهها الآن. بما في ذلك ما يدخل في نطاق "الدساتير الوضعية" فهذه كلها استحدثت في عصرنا تأثراً بالنظم الأجنبية.

وسرى إلى أي حد يمكن في نظرنا الحكم على علاقة الشريعة بالقوانين واللوائح التي تصدرها الدولة "العصرية"، وإلى أي حد يمكن القول ببطلانها قياساً على ما قرره الفقه بالنسبة للأعمال التنفيذية أو القرارات الإدارية أو الفردية التي تصدر عن أصحاب السلطة في الدولة مخالفة لمبادئ شريعتنا وأحكامها التي تلزم بها كل سلطة إسلامية.

أشار القاضي الفقيه/ عوده إلى أن القوانين الوضعية في بلد مسلم "إذا كانت خارجة على نطاق الكتاب والسنة أو خارجة على مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية تكون باطلة بطلاناً مطلقاً؛ وليس لأحد أن يطيعها؛ بل على كل مسلم أن يجارها"، وغلل ذلك بأن كل ما يخالف الشريعة محرم على المسلمين ولو أمرت به أو أباحت السلطة الحاكمة أي كانت؛ لأن حق التشريع الوضعي مقيد بأن يكون موافقاً لنصوص الشريعة - ولأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.

وحجته في ذلك أن الشريعة هي الدستور الأساسي للمسلمين؛ فكل ما يخالف هذا الدستور يكون باطلاً؛ بل سنرى فيما بعد أنه قال مؤكداً ذلك: "إن الشريعة بمثابة الدستور الوضعي للأمة ما دامت الدولة إسلامية" لأنها تلزم بالمبدأ الشرعي العام، وهو "أن أولى الأمر لا يملكون حق التشريع، لأن التشريع من حق الله والرسول".

إن مبادئ الإسلام أصبحت بمقتضى هذا النص دستورا وضعياً؛ ومعنى ذلك أن الشريعة هي صاحبة السيادة في مجتمعنا؛ فكل ما يخرج عن نطاقها يكون غير دستورياً طبقاً لأحكام الدساتير الوضعية ذاتها.

وقد ترتب على ذلك أنه طبق على القوانين الوضعية في هذه الدول الأحكام التي قررها فقهاؤنا بالنسبة لتصرفات "ولي الأمر" الشرعي الذي يلتزم بأحكام الشريعة، وقد كان ذلك يعنيه عن إبداء الرأي في "شرعية" ولاية هذه الدول معتمداً على هذا النص الدستوري الذي يعطيها صفة الدولة الإسلامية - مكثفاً بالبحث في شرعية "القوانين"

❁ شرعية السلطة التي تصدر القانون الوضعي

التي تصدرها تلك الدول وتكون مخالفة للقرآن والسنة (كلها أو في جانب منها فقط)، وذلك على أساس المبدأ المقرر في الفقه الوضعي ذاته وهو دستورية القوانين الذي يترتب عليه القول بطلان "القوانين" المخالفة للدستور الوضعي، لأنه عُدَّ أن "الشريعة" هي الدستور الوضعي في الدول التي ينص دستورها على أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام.

ولاشك في أن هذا الاتجاه يكون أوجب عندما يضاف إلى الدستور نص يجعل مبادئ الشريعة هي المصدر الأساسي للقوانين، كما هو الحال في الدستور الحالي في مصر :

وبناء على هذا التصور، سترى أنه حلُّ هذه المشكلة "العصرية" بتطبيق المبدأ المعروف في "الفقه العصري" وهو بطلان القوانين المخالفة للدستور - الوضعي ذاته - ومع ذلك فقد أفاض في تقديم الأدلة الشرعية على بطلان القوانين التي تخالف الشريعة، حتى قدم لنا فيما يلي ستة عشر دليلاً من المصادر الشرعية في البند التالي . ونحن نرى أن هذه الأدلة العديدة خاصة بالدولة الإسلامية التي تعلن السلطة القائمة فيها التزامها بالشريعة. أما الدول التي تتنكر للشريعة وتترأ من الإسلام، فإن البحث يكون موضوعه هو شرعية الدولة ذاتها وواجب الأمة في مقاومتها وتصحيح هذا الوضع - لا أن نبحث في واجب القاضي المسلم في إبطال قوانينها المخالفة للشريعة. ولنا رأى في ذلك سوف نبينه في نهاية حاشيتنا على البند 195 فيما بعد، ويتلخص فيما يلي :

- 1 - أن ذلك يؤدي إلى تخلي القضاة المسلمين عن ولاية القضاء وترك ذلك لغيرهم ممن لا دين لهم ولا ضمير لهم .
- 2 - أن العلاج الذي يَعُدُّه فقيهُنا يدور حول تطبيق النصوص التي تفرض الحدود والقصاص، كأن الشريعة تنحصر في تطبيق هذه العقوبات، وهو ظن غير صحيح .
- 3 - أنه يعطى للسلطة غير الشرعية الحق في تطبيق هذه العقوبات، مع أنها في نظره أحكام شرعية تختص بتطبيقها السلطة الشرعية وحدها .

١٩٣- الأدلة على بطلان التشريعات الرضعية المخالفة للشريعة:

بينما فيما سبق أن تطبيق نظرية البطلان في الشريعة يقتضى إبطال التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية. وسنبين الآن أن هذا البطلان يستند إلى نصوص القرآن، ونصوص السنة، وإلى الإجماع، وهى مصادر القانون الجنائى فى الشريعة الإسلامية. فقد جاءت نصوص القرآن والسنة صريحة فى إبطال كل ما يخالف الشريعة، ومن ثم انعقد الإجماع على احترام هذه النصوص الصريحة وإبطال كل ما يخالفها، وسنقدم فيما يلى الأدلة على ذلك :

١ - إن الله أمر باتباع الشريعة ونهى عن اتباع ما يخالفها، فلم يجعل لمسلم أن يتخذ من غير شريعة الله قانونا، وجعل كل ما يخرج على نصوص الشريعة، أو مبادئها العامة، أو روحها التشريعية، محرما تحريما قاطعا على المسلمين بنص القرآن الصريح، حيث قسم الله الأمر إلى أمرين لا ثالث لهما : إما الاستجابة لله وللرسول واتباع ما جاء به الرسول، وإما اتباع الهوى. فكل ما لم يأت به الرسول فهو من الهوى بنص القرآن، وذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ فَاعْلَمْ أَنَّهُ لَا يُتَّبَعُونَ أَهْوَاءَهُمْ وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنْ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدًى مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾ [صورة القصص: ٥٠].

كذلك قسم الله طريق الحكم بين الناس إلى طريقين لا ثالث لهما : أولهما : الحق، وهو الوحي الذى أنزل على رسله، وثانيهما : الهوى، وهو كل ما خالف الوحي، فقال جل شأنه : ﴿يَا دَاوُدَ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ يَوْمَ تُنْزَلُ السَّاعَةُ﴾ [سورة ص: ٢٦].

وقال تعالى موجه الخطاب إلى رسوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ * إِنَّهُمْ لَن يَغْنَوْا عَنْكَ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا وَإِنَّ الظَّالِمِينَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَاللَّهُ وَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [الجاثية: ١٨، ١٩]. فقسم الأمر بين الشريعة التى جعل رسوله عليها، وأوحى إليه العمل بها، وأمر الأمة الإسلامية باتباعها، وبين اتباع أهواء الذين لا يعلمون، وأمر بالأول ونهى عن الثانى . وقال جل شأنه : ﴿اتَّبِعُوا مَا أَنزَلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ﴾ [الأعراف: ٣]. فأمر باتباع ما أنزل منه خاصة، ونهى عن اتباع ما يخالفه، وبين أن من اتبع غير ما أنزل من عند الله فقد اتبع أولياء من دونه الله ^(١).

وهكذا قطعت نصوص القرآن في تحريم كل ما يخالف نصوص الشريعة صراحة أو ضمنا، وكل ما يخالف مبادئها العامة أو روحها التشريعية، ونهت فيها جازما عن العمل بغير الشريعة، وعدت العامل بغير الشريعة متيعا هواه متقادا إلى الضلال، مضلا لغيره ظالما لنفسه ولغيره، كافرا بما أنزل الله . متخذاً لنفسه أولياء من دون الله .

٢ - إن الله لم يجعل لمؤمن أن يرضى بغير حكم الله، أو يتحاكم إلى غير ما أنزل الله، بل لقد أمر الله أن يكفر بكل حكم غير حكمه، وعدّ الرضاء بغير حكمه ضلالا بعيدا واتباعا للشيطان، وذلك قوله تعالى : ﴿ألم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيدا﴾ [النساء: ٦٠].

فمن يتحاكم إلى غير ما أنزل الله وما جاء به الرسول فقد حكم الطاغوت وتحاكم إليه. والطاغوت هو كل ما تجاوز به العبد حده من معبود أو متبوع أو مطاع، فطاغوت كل قوم من يتحاكمون إليه غير الله ورسوله، أو يعبدونه من دون الله، أو يتبعونه على غير بصيرة من الله، أو يطيعونه فيما لا يعلمون أنه طاعة الله. فمن آمن بالله ليس له أن يؤمن بغيره، ولا أن يقبل حكما غير حكمه^(١).

٣ - إن الله لم يجعل لمؤمن ولا مؤمنة أن يختار لنفسه أو يرضى لها غير ما اختاره الله ورسوله، ومن تخير غير ذلك فهو ضال لم يعرف الإيمان لقلبه سبيلا، وذلك قوله تعالى : ﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم﴾ [الأحزاب: ٣٦]. فإذا أمر الله باتباع ما أنزل على رسوله، ونهى عن اتباع غيره، فليس لمؤمن أن يرضى بغير ما أنزل الله، فإن رضيه واختاره لنفسه فهو غير مؤمن^(٢).

٤ - إن الله حرم على المؤمنين أن يسبقوا رسوله بقول أو فعل أو أمر أو رأى، كما حرم عليهم أن يرفعوا أصواتهم فوق صوت نبيه، فقال : ﴿يأيها الذين آمنوا لا تتقدموا بين يدي الله ورسوله واتقوا الله إن الله سميع عليم﴾ [الحجرات: ١]. أى لا تقولوا حتى يقول، ولا تأمروا حتى يأمر، ولا تفتروا حتى يفتي، ولا تعطوا أمرا حتى يكون هو الذى يحكم فيه . وقال : ﴿يأيها الذين آمنوا لا ترفعوا أصواتكم فوق صوت النبي ولا تجهروا له بالقول كجهر بعضكم لبعض أن تحبط أعمالكم وأنتم لا تشعرون﴾ [الحجرات: ٢]. فإذا كان رفع أصواتهم فوق صوته سببا لحبوط أعمالهم، فكيف بتقديم آرائهم وعقوهم وأذواقهم وسياستهم ومعارفهم على ما جاء به ورفعها عليه، أليس هذا أولى أن يكون محبطا لأعمالهم ؟

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٦ .

(٢) نفس المرجع ص ٥٧ .

وقال جل شأنه : ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ آمَنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِذَا كَانُوا مَعَهُ عَلَى أَمْرٍ جَامِعٍ لَمْ يَذْهَبُوا حَتَّى يَسْتَأْذِنُوهُ﴾ [النور: ٦٢]. فإذا جعل الله من لوازم الإيمان أنهم لا يذهبون إذا كانوا معه إلا بعد استئذانه، فأولى أن يكون من لوازم الإيمان ألا يذهبوا إلى قول أو فعل، ولا إلى مذهب علمي أو سياسي إلا بعد استئذانه، وإذنه يعرف بعد وفاته بموافقة ما يذهبون إليه لما جاء به، فإن وافقه فقد أذن، وإن لم يوافقه - ثم ذهبوا إلى هذا المخالف - فقد انتفى عنهم الإيمان، وحبطت أعمالهم، وخسروا دينهم وآخرتهم^(١).

٥ - إن الله أمر بأن يكون الحكم طبقا لما أنزل، وجعل من لم يحكم بما أنزل الله كافرا، وظالما، وفاسقا، فقال جل شأنه : ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: ٤٤]. وقال : ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: ٤٥]. وقال : ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [المائدة: ٤٧]. ومن المتفق عليه بين المفسرين أن من قبلنا استحدثوا لأنفسهم شرائع وقوانين، وتركوا بالحكم بما بعض ما أنزل الله، فعُدَّهم الله بعلمهم هذا كفارا وظلمة وفاسقين. ومن المتفق عليه أيضا بين المفسرين أن من يستحدث من المسلمين أحكاما غير ما أنزل الله، ويترك بالحكم بما كل أو بعض ما أنزل الله من غير تأويل يعتد بصحته، فإنه يصدق عليهم ما قاله الله تعالى كل بحسب حاله. فمن أعرض عن الحكم بحسب السرقة أو القذف أو الزنا لأنه يفضل غيره من أوضاع البشر عليه فهو كافر قطعاً، ومن لم يحكم به لعلة أخرى غير الجحود والنكران فهو ظالم إن كان في حكمه مضيقاً لحق، أو تاركا لعدل، أو مساواة، وإلا فهو فاسق^(٢).

٦ - وإذا لم يكن لمؤمن أن يؤمن بغير ما أنزل الله، أو يقبل حكما غير حكمه، فليس لمؤمن أن يحاول التوفيق بين ما جاء من عند الله وبين ما يخالفه، وأن يجمع بين حكم الله وحكم الطاغوت أو حكم الهوى، فإن ذلك هو الكفر المبرقع والتفاسد السافر. وعلى كل مسلم أن يخارِب الدعوة إلى هذا التوفيق، وأن يعرض عن الداعين إليه؛ لأن الإيمان بالله وبما جاء من عنده يتناق مع التوفيق بين ما جاء به الرسول وبين ما يخالفه، بل الإيمان المحض يقتضى إعلان الحرب الشعواء على كل ما يخالف ما جاء به الرسول من طريقة، وحقيقة، وعقيدة، وسياسة، ورأي، حتى يكون الحكم خالصا لما جاء من عند الله، وحتى تكون كلمة الذين كفروا بما جاء من عند الله السقلى، وكلمة الله هي العليا^(٣).

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٨.

(٢) تفسير المنار الجزء السادس ص ٤٠٥، روح المعاني للألوسي الجزء السادس ص ١٤٥، تفسير الطبري

ج ٦ ص ١١٩، تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٥٠.

(٣) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧.

عوده ذلك هو حكم الله، نزل في الصادقين عن سبيل الله، الداعين إلى التوفيق بين ما جاء من عند الله وما يخالفه، وذلك هو قوله تعالى : ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُم تَعَالَوْا إِلَى مَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَإِلَى الرَّسُولِ رَأَيْتُ الْمُنَافِقِينَ يَصُدُونَ عَنْكَ صُدُودًا * فَكَيْفَ إِذَا أَصَابَتْهُمْ مُصِيبَةٌ بَمَا قَدِمْتُ أَيْدِيَهُمْ ثُمَّ جَاءُوكَ يَخْلُقُونَ بِاللَّهِ إِنَّ أَرْدُنَا إِلَّا إِحْسَانًا وَتَوْفِيقًا * أُولَئِكَ الَّذِينَ يَعْلَمُ اللَّهُ مَا فِي قُلُوبِهِمْ فَأَعْرِضْ عَنْهُمْ وَعِظْهُمْ وَقُلْ لَهُمْ فِي أَنْفُسِهِمْ قَوْلًا بَلِيغًا﴾ [النساء: ٦١-٦٣] .

٧ - إن الله نفى الإيمان عن العباد، وأقسم بنفسه على ذلك، حتى يحكموا الرسول فيما شجر بينهم من الدقيق والجليل والخطير والحقير. ولم يكن في إثبات الإيمان لهم بهذا التحكيم الجرد، بل اشترط لعدّهم مؤمنين أن ينتفى عن صدورهم الحرج والضيق من قضاء الرسول وحكمه، وأن يسلموا تسليماً، وينقادوا للرسول القياد، والرسول لا يحكم إلا بما أنزل الله وبما أراه إياه. فالؤمن يجب عليه إذن أن يحكم بما أنزل الله، وأن يؤمن بأنه أصلح الأحكام وأفضلها، ولو قال الناس إن غيره أصلح له، لأنه لا يكون مؤمناً إلا إذا أطاع طاعة تامة، وانقاد القياداً تاماً كاملاً لما أمر الله ورسوله، وذلك قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيَسْلَمُوا تَسْلِماً﴾ [النساء : ٦٥] .

يستدل الفقهاء بهذه الآية على أن من رد شيئاً من أوامر الله أو أوامر رسوله فهو خارج عن الإسلام، سواء رده من جهة الشك فيه-٢٥٧-، أو من جهة ترك القبول،

الصدر تعليق "رقم-٢٥٧-": إذا كان الشك في صدور الأمر من الله أو من رسوله فلا يكون ذلك سبباً لخروجه عن الإيمان. وكيف يكون سبباً لعدم إيمانه، مع أن العلماء كثيراً ما يشكون في صدور بعض الأحكام الشرعية ولا يتوهم أحد أن ذلك يكون سبباً للحكم بكفرهم ؟

الشافعي رأينا في "تعليق-٢٥٧-": في تعليقات السيد الصدر يضع قيوداً على بعض ما صرح به فقيهاً. وهو لا يوافق على القول بأن الشك في صدور حكم معين من الله أو رسوله يجيز الحكم بالكفر على من يشك في ذلك. ونحن نؤيد هذا التحفظ إذا كان محل الشك ليس من أركان الإسلام.

عوده الزكاة، لأن الله حكم بأن من لم يسلم بما جاء به الرسول -٢٥٩-، ولم يسلم بقضائه وحكمه فليس من أهل الإيمان^(١).

٨ - إن كل من يخالف الشريعة محرم على المسلمين، ولو أمرت به أو أباحت السلطة الحاكمة أيا كانت، لأن حق الهيئة الحاكمة في التشريع مقيد بأن يكون التشريع موافقا لنصوص الشريعة، متفقا مع مبادئها العامة وروحها التشريعية. فإن استباححت الهيئة الحاكمة لنفسها أن تخرج عن حدود وظيفتها، وأن تصدر قوانين لا تتفق مع الشريعة وتضعها في موضع التنفيذ، فإن عملها لا يحل هذه القوانين الحرم، ولا يسبغ لمسلم أن يتبعها أو يطبقها، أو يحكم بها، أو ينقلها، بل تظل محرمة تحريما قاطعا على كل مسلم ومسلمة، ومن واجب الأفراد لا من حقوقهم أن يمتنعوا عن اتباعها، ومن واجب الموظفين أن يمتنعوا عن تنفيذها، لأن طاعة أولى الأمر لا تجب لهم استقلالا، وإنما تجب

الصدر تعليق "رقم-٢٥٨-": مر بنا مرارا أن فقهاء المذهب الجعفري لا يرون الإجماع حجة مالم يكشف عن رأى لى أو إمام معصوم. والإجماع المذكور لما كان بعد النبی (ﷺ) فلا يكون كاشفا عن رأيه (ﷺ). ولما لم يعلم موافقة من علمت عصمته من الأصحاب، وهم أمير المؤمنين على (ع) والزهاء والحسنان (ع)، فلا يكون كاشفا عن رأى معصوم. ويرى فقهاء المذهب الجعفري أن مانع الزكاة إن كان للشك في مشروعيتها فلا ريب في كفر الشاك لأن مشروعية الزكاة بما علم بالضرورة من الدين. وأما إن كان للشك في استحقاق مدعى الخلافة للمطالبة بالزكاة، فلا يوجب خروجها عن الاسلام، لأن لزوم الدفع إلى شخص معين لم يعلم وجوبه بضرورة من الدين فلا يكون إنكاره موجبا للكفر. والثابت تاريخيا أن مالك بن نويرة إنما امتنع من دفع الزكاة لعدم اعتراجه بخلافه أبى بكر لا لشكه في وجوب الزكاة. **الصدر** تعليق "رقم-٢٥٩-": أى من لم يؤمن بما ثبت عن النبي ضرورة لا من لم يدفع الزكاة إلى شخص معين.

الشاوى وأينا في "التعليقين رقمى-٢٥٨-، -٢٥٩-": نزيد ما قاله السيد الصدر من وجوب التفرقة بين الامتناع عن أداء الزكاة لإنكار وجوبها - مما يعتبر كفرا - والامتناع عن أدائها لشخص معين (خليفة أو سلطانا أو أميرا) لأنه يشكك في أحقيته بتحصيلها كما حدث من مالك بن نويرة، فهذا ليس كفرا - ولكن هذه واقعة تاريخية لا نستطيع بحث صحتها هنا، ثم إن مالك بن نويرة لم يكن هو وحده مائع الزكاة - إن صح مانسبه إليه .

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤، أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧، ٥٨ .

عودة ضمن طاعة الرسول، ولا تجب لهم مطلقة، وإنما تجب في حدود ما أمر به الله والرسول، وذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [النساء: ٥٩]. فأمر الله بطاعته وطاعة رسوله، وإعادة فعل الطاعة عند ذكر الرسول يشعر بأن طاعة الرسول تجب له استقلالاً سواء كان ما أمر به في القرآن أو لم يكن فيه، لأنه أوتي الكتاب ومثله معه. وحذف فعل الطاعة عند ذكر أولي الأمر دليل على أن طاعة أولي الأمر لا تجب لهم استقلالاً، وإنما هي في ضمن طاعة الرسول. كذلك فإن تقدم طاعة الله وطاعة الرسول يقتضي ألا يطاع أولو الأمر إلا بعد استيفاء الطاعة لله وللرسول في كل ما يصدر عن ولي الأمر. فأولو الأمر - ٢٦٠ - يطاعون تبعاً لطاعة الله وطاعة الرسول. وبعد توافر الطاعة لله ورسوله، فمن أمر منهم بما يوافق ما أنزل الله على رسوله فطاعته واجبة، ومن أمر بخلاف ما جاء به الرسول فلا سمع له ولا طاعة^(١).

٩ - إن السعة بينت حدود الطاعة لأولي الأمر، ونهت عن طاعتهم فيما يخالف ما أنزل الله، فصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق". وقال: "إنما الطاعة في المعروف". وقال في ولاة الأمور: "من أمركم منهم بمعصية فلا سمع لهم ولا طاعة".

الصدر تعليق "رقم - ٢٦٠ -": إن المراد بأولي الأمر إن كان خصوص أئمة أهل البيت الذين ثبت عصمتهم فلا يتصور أن يأمرؤا إلا بطاعة الله، وإن كان المراد من أولي الأمر معنى يشمل كل من ترأس الدولة الإسلامية بحق فلا يستحيل صدور الأمر بالمعصية منه، إلا أنه بمجرد أمره بمعصية الله يسقط عن مقامه فلا يجب إطاعة أمره ولو سلم، فاللزام بقيدها بما دل على أنه لا طاعة لمخلوق في عصيان الخالق.

الشاوي رأينا في "تعليق - ٢٦٠ -": يشير السيد الصدر إلى ما يسيّر عليه الجعفرية من عصمة لآل البيت، ولذلك يرى أنه لا يمكن القول بأنهم قد يأمرؤن بمعصية - فالتحفظ الذي يشير إليه فقيها يرى الجعفرية أنه خاص بغيرهم ولا يطبق عليهم. ويعلل ذلك بأن من يأمر بمعصية تسقط ولايته ولا تجب طاعته، وهذه النتيجة غير واردة بالنسبة للأئمة المعصومين الاثني عشر، ونرى أن هذا موضوع مضي أوانه، ولا فائدة من إثارتها الآن. ولأن فقه السعة لا يعترف بالعصمة لغير الأئمة والرسول.

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥١، تفسير المنار ج ٥ ص ١٨٠ وما بعدها.

عوده

وفي عهد الرسول أمر أحد الأمراء جنوده أمرا فتقاعسوا عن تنفيذه فجمع حطباً وأشعل نارا، ثم قال لهم : ألم يأمركم الرسول أن تسمعوا لى وتطيعوا ؟ قالوا بلى. قال : فابى آمركم أن تدخلوا هذه النار. فهموا أن يدخلوها، فلما بلغ ذلك الرسول قال : "لو دخلوها لما خرجوا منها"، أى لخلدوا فى النار فى الدار الآخرة. قال الرسول هذا القول مع أنهم كانوا يدخلونها طاعة لأمرهم وظنا منهم أن ذلك واجب عليهم، ولكن لما قصروا فى الاجتهاد وبادروا إلى طاعة من أمر بمعصية الله استحقوا أن تكون النار جزاءهم لا يخرجون منها. وإذا كان هذا حال من قصر فى الاجتهاد واشتبه عليه الأمر فلم يثبت منه، فكيف يكون حال من أطاع أمرا مخالفا مخالفة صريحة لما أنزل الله ؟^(١)

١٠ - إن إجماع الأمة الإسلامية انعقد بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على أنه لا طاعة لأولى الأمر إلا فى حدود ما أنزل الله. فهذا أبو بكر - ٢٦١ - خليفة رسول الله يقول مخاطبا المسلمين بعد مبايعته : "أطيعونى ما أطعت الله فيكم، فإن عصيت فلا طاعة لى عليكم". فجعل رضى الله عنه طاعته مشروطة بطاعة الله، فإن عمل فى حدود ما أنزل الله وجبت طاعته، وإن خرج عن هذه الحدود فلا سمع ولا طاعة. وهؤلاء فقهاء هذه الأمة ومجتهدوها يجمعون على أن طاعة أولى الأمر لا تجب إلا فيما أمر الله، وأن لا طاعة لهم فيما يخالف ذلك.^(٢) ولا خلاف بينهم قولاً أو اعتقاداً فى أنه لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق، وأن إباحة المجمع على تحريمه كالزنا والسكر، واستباحة إبطال الحدود، وتعطيل أحكام الشريعة، وشرع ما لم يأذن به الله،

الصدر

تعلق "رقم-٢٦١-": لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفرى إلا على كلام من ثبت عصمته. ولا كان أبو بكر لم يدع أحد من المسلمين عصمته فلا يعتمد على كلامه، وإن كان لاريب فى ذلك عند المسلمين ومن البديهي كونه ثابتا بالضرورة من الدين.

الشاوي

رأينا فى "تعلق-٢٦١-": يعترض السيد الصدر على الاستشهاد بما قاله الخليفة الأول أبو بكر الصديق محتجا بأنه ليس بمعصوم ... والجعفرية لا يعترفون بالعصمة له ولا لغير آل البيت من الصحابة ... ومع ذلك، فهو يقر بأن ما قاله سيدنا أبو بكر هو أمر ثابت من الدين بالضرورة. ولأبى بكر رضى الله عنه شرف كبير أنه أول من أعلن عدم ادعائه العصمة، وأنه هو وجميع الخلفاء والأمراء بعده لا يجوز طاعة أوامرهم إلا فى حدود التزامهم بالكتاب والسنة، ونحن لانعتقد أن أحدا غيره قد ادعى لنفسه العصمة، فهى خاصة بالرسول والأنبياء دون غيرهم.

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧.

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤١، شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٨، المهذب ج ٢ ص ١٨٩، حاشية

ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٩.

إنما هو كفر وردة، وأن الخروج على الحاكم المسلم إذا ارتد واجب على المسلمين، وأقل درجات الخروج على أولى الأمر عصيان أوامره ونواهيه المخالفة للشرعة^(١).

١١ - إن أولى الأمر بحسب نصوص الشريعة الإسلامية ليس لهم حق التشريع المطلق للأسباب التي بينها، وإن حقهم في التشريع قاصر على نوعين من التشريع: الأول - تشريعات تنفيذية يقصد بها ضمان تنفيذ نصوص الشريعة الإسلامية. والثاني - تشريعات تنظيمية لتنظيم الجماعة وحمايتها وسد حاجتها على أساس مبادئ الشريعة العامة. وهذه التشريعات لا تكون إلا فيما سكت عنه الشريعة فلم تأت بنصوص خاصة فيه ولا يمكن أن تكون فيما نصت عليه الشريعة. ويشترط في هذه التشريعات قبل كل شيء أن تكون متفقة مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، فهي تشريعات توضع بقصد تنفيذ مبادئ الشريعة العامة، وإذن فهي في حقيقتها نوع آخر من التشريعات التنفيذية.

١٢ - إن أولى الأمر حين يتولون التشريع المقيد على الوجه السابق يقومون به، بحسبائهم إما خلفاء للرسول وإما نوابا عن الجماعة الإسلامية. فإن كانوا خلفاء للرسول فليس لهم أن يخرجوا على ما جاء به الرسول؛ لأنهم خلفوه بقصد تنفيذ ما جاء به. وإن كانوا نوابا عن الجماعة الإسلامية فليس لهم أن يخرجوا على ما تدين به هذه الجماعة وما تؤمن به، وإلا خرجوا على حدود النيابة، لأن الجماعة لم تقمهم حكاما إلا لإقامة الدين، وحكم الجماعة على أساس الشريعة الإسلامية. فأولى الأمر - أيا كان السند الذي يستندون إليه في حق التشريع - ليس لهم أن يخرجوا على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية.

١٣ - إن الشريعة الإسلامية هي الدستور الأساسي للمسلمين كما تبين مما سبق، فكل ما يوافق هذا الدستور فهو صحيح، وكل ما يخالف هذا الدستور فهو باطل، مهما تغيرت الأزمان وتطورت الآراء في التشريع؛ لأن الشريعة جاءت من عند الله على لسان رسوله ليعمل بها في كل زمان وكل مكان، فتطبيقها ليس محدودا بزمن، ولا مقصورا على أشخاص أو أجيال أو أجناس. وهي واجبة التطبيق حتى تلغى أو تنسخ، ولا يمكن أن تلغى أو تنسخ؛ لأن القاعدة الأساسية في الشريعة الإسلامية بل وفي القوانين الوضعية الحديثة أن النصوص لا ينسخها إلا نصوص في مثل قوتها أو أقوى منها،

(١) تفسير المنار ج ٦ ص ٣٦٧، أحكام القرآن للحصاص ج ٢ ص ٢١٤، روح المعاني للألوسي ج ٥

عوده أى نصوص صادرة من نفس الشارع، أو من هيئة لها من سلطان التشريع مثل ما للهيئة التى أصدرت النصوص المراد نسخها، أو من هيئة يزيد سلطانها التشريعى على سلطان من أصدر النصوص المطلوب نسخها. فالنصوص الناسخة إذن يجب أن تكون قرآنا أو سنة حتى يمكن أن تنسخ ما لدينا من قرآن وسنة، وليس بعد الرسول قرآن حيث انقطع الوحي، ولا سنة حيث توفى الرسول. ولا يمكن أن يقال إن ما يصدر عن هيئتنا التشريعية البشرية فى درجة القرآن والسنة، أو إن لها من سلطان التشريع ماله وللرسول. ولكن الذى يمكن أن يقال - وهو الواقع - إن أولى الأمر منا لا يملكون حق التشريع، وإنما لهم حق التنفيذ أو التنظيم، فالتشريع من حق الله والرسول - ٢٦٢ -، وقد انتهى عهده بوفاة الرسول، واستقر أمره بانقطاع الوحي، والتنفيذ والتنظيم لأولى الأمر، فلهم أن يصدروا قوانين ولوائح وأوامر تنفيذا لما شرعه الله ورسوله - ٢٦٣ -، ولهم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها طبقا لما شرعه الله ورسوله. فالله قد تكفل بوضع التشريعات الأصلية وشرع على لسان رسوله نصوصا وأحكاما أساسية، وأوجب على أولى الأمر تنفيذها كما هى، كما أوجب عليهم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها على أساسها، ولهم فى سبيل أداء هذا الواجب أن يصدروا القوانين، والمراسيم واللوائح والقرارات التى تضمن تنفيذ هذه التشريعات الأساسية، وإقامة

الصدر تعليق "رقم-٢٦٢-": بل من حق الله وحده والرسول (ﷺ) ناقل له .
الصدر تعليق "رقم-٢٦٣-": بل لما شرعه الله وبلغه الرسول (ﷺ) فإن الرسول فى جميع الموارد يبلغ عن الله لا مشرع .
الشاوى رأينا فى "تعليقي-٢٦٢-، ٢٦٣-" يشير السيد الصدر إلى أن الرسول الكريم (ﷺ) هو مجرد ناقل لما شرعه الله لأن المشرع هو الله وحده .

يرد على ذلك بأن الأصوليين استقروا على أن السنة النبوية هى المصدر الثانى للتشريع - بل أضافوا إليها الإجماع والاجتهاد فكلاهما مصدر للتشريع وإن كان يأتى فى الترتيب بعد السنة - كما أن السنة تلى القرآن فى الترتيب، لكن هذه المصادر الثلاثة لا يجوز أن تخالف مبادئ القرآن ولانصوصه، وهذا هو ما تؤيده .
 أما فيما لم يرد به نص قرآنى، فلا شك فى أن السنة هى مصدر الأحكام. ويكفى أن نشير إلى كثير من أحكام العبادات مثل توقيت الصلاة، وعدد الركعات، وغير ذلك من أركان هذه القرينة .
 كذلك الأمر بالنسبة للإجماع والاجتهاد، فإن أئمة الفقه قد استبطوا كثيرا من الأحكام التى لم يرد بشأنها نص قرآنى ولا سنة نبوية ... وعدّ عملهم مجرد استنباط، يعنى عن وصف المجتهدين بأنهم مشرعون. ويمكن أن تقبل قوله كذلك بالنسبة للسنة، فهى تستند إلى إقرار الوحى لها، وهذا الإقرار يجعلها "ناقلة" عن الله سبحانه فى نظره .

الجماعة على أساسها، ولكن ليس لهم بأى حال أن يعطلوا التشريعات الأساسية أو يلغوها؛ لأن ذلك خارج عن سلطاتهم ولا يتسع له مقدورهم . وإذا أردنا أن نأثي بتشبيه يقرب هذا المعنى إلى أذهاننا، قلنا: إن الشريعة تعد بمثابة القوانين الوضعية، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يُعد بمثابة اللوائح والقرارات التي تصدر لضمان تنفيذ هذه القوانين. أو قلنا: إن الشريعة تعد بمثابة الدستور الوضعي، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يُعد بمثابة القوانين الوضعية التي يشترط فيها أن تكون موافقة لنصوص الدستور وغير خارجة عليه وإلا كانت باطلة . ونخلص من هذا كله بأن القوانين. واللوائح والقرارات أدنى مرتبة من القرآن والسنة، ولا يمكن أن يغلب القانون الأدنى على القانون الأعلى درجة .

١٤ - إن الدستور المصري-٢٦٤- ينص على أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام، ومعنى هذا النص أن النظام الأساسي الذي تقوم عليه الدولة هو الإسلام، وأنه المصدر الذي تأخذ عنه، والمرجع الذي تنتهي إليه، والحاكم الذي تأتér بأمره وتنتهي بنهيهِ. فوجود هذا النص في الدستور المصري، وهو القانون الأول بالنسبة لغيره من القوانين التي تسنها هيئاتنا التشريعية، يقتضى أن نقتيد بنصوص الشريعة الإسلامية في قوانيننا، وسياستنا، وتعليمنا، وتنظيمنا الداخلي والخارجي، وفي كل أوجه نشاطنا، فلا محل إلا ما أحلته الشريعة، ولا تحرم إلا ما حرمتها، ولا نخرج على مبادئ الشريعة وروحها في تشريعاتنا وأنظمتنا .

ونحن لا نذكر هذا النص من الدستور لنستدل به على وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية، وبطلان القوانين المخالفة لها، وإنما نذكره فقط لبين ما يقتضيه، ويستوى عندنا بعد ذلك أن يعترف الدستور بالدين الإسلامي أو ينكره، فإن اعتراف الدستور أو إنكاره ليس له قيمة ذاتية، والعبرة في هذا الأمر بالواقع وبحكم الدين الإسلامي نفسه. وحكم الدين الإسلامي: إنه لا قانون للمسلمين غير الشريعة، وإن الشريعة هي دستورهم وقانونهم الأساسي، وكل ما خالفها من القوانين الوضعية باطل سواء سمي دستورا أو قانونا أو لائحة أو قرارا أو أمرا أو غير ذلك من المسميات، التي لاتعترف بها الشريعة إلا إذا كانت موافقة لنصوصها وغير خارجة على مبادئها العامة وروحها .

١٥ - إن نظرية الشريعة الإسلامية في بطلان كل ما يخالف القرآن والسنة، أو بمعنى آخر كل ما يخالف التشريعات الأساسية، هي نظرية تعترف بها اليوم كل البلاد التي تطبق القوانين الوضعية، ولكنها تختلف في تطبيقها. فأكثر البلاد المتقدمة ترى بطلان كل قانون

أو لائحة أو قرار جاء مخالفا للدستور، باعتبار أن الدستور هو التشريع الأساسي لهذه البلاد، ويجب ألا يصدر قانون أو لائحة أو قرار على خلافه. ولأن الدستور لا تعدل نصوصه إلا بشروط خاصة، وبأغلبية خاصة لا تشترط في أى قانون، فالهيئة التي شرعت الدستور أعلى من الهيئات التي تشرع القوانين وغيرها. أما أقلية البلاد المتمدينة، فلا تأخذ بنظرية البطلان على إطلاقها وتفرق بين القوانين ومادونها من القرارات واللوائح والأوامر. فإذا جاء القانون مستوفيا شكله القانوني عدّه صحيحا ولو كان مخالفا للدستور، أما اللوائح والقرارات والأوامر فتعدّ باطلة إذا جاءت مخالفة للدستور أو للقوانين ولو استوفت شكلها القانوني. وسند أصحاب هذه النظرية أن القوانين تعدّ عندهم في درجة الدستور، لأن الهيئة التشريعية التي تصدر الدستور والقوانين واحدة وسلطانها واحد، أما الهيئة التي تصدر اللوائح والأوامر والقرارات فهي أقل درجة من الهيئة التي وضعت الدستور والقوانين وسلطانها أقل^(١).

هذه هي نظرية البطلان في القوانين الوضعية عند من يأخذون بها على إطلاقها ومن يقيدونها. فإذا طبقناها مطلقا أو مقيدة على البلاد الإسلامية وجب أن نقول ببطلان كل ما يخالف الشريعة الإسلامية، سواء استوفى الشكل أو لم يستوفه؛ لأن الشريعة هي التشريع الأساسي للمسلمين؛ ولأن شارعها هو الله أجل من أن يقارن بعباده المشرعين. وقبل أن تترك هذه النقطة، يجب أن نقرر أن الشرائع الوضعية لم تعرف نظرية البطلان هذه إلا حديثا، فعملها في القوانين الوضعية أقل من قرن، بينما عرفتها الشريعة الإسلامية من قبل أن تعرفها القوانين الوضعية بأكثر من اثني عشر قرنا. ويكفي الشريعة فخرا أن يكون أقدم ما فيها هو أحدث ما في القوانين، وأن تكون النظرية التي يهمل لها الناس اليوم ويرون فيها كل الضمان ضد طغيان السلطة التشريعية هي نظرية الشريعة الإسلامية. وإذا كان الناس يجهلون هذا وغيره عن الشريعة الإسلامية، فليس الذنب ذنب الشريعة، وإنما هو ذنب أهلها الذين لا يعرفون عنها بعض ما يعرفونه عن غيرها.

١٦ - إن استيفاء التشريعات المخالفة للشريعة شكلها القانوني لا يمنع من أنها تشريعات باطلة بطلانا مطلقا من ناحية الموضوع، وصحة الشكل لا يمكن أن تؤثر على بطلان الموضوع؛ لأن صحة الشكل لا تحيل الحرام حلالا، والباطل صحيحا، ومن ثم يجب على القاضي ألا يطبق التشريعات المخالفة للشريعة ولو استوفت شكلها القانوني.

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠٩ وما بعدها، الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٥٨ وما بعدها، القانون الجنائي لعلي بدوي ص ١٠٥.

لقد أجهد نفسه في عرض الأدلة على أن الشريعة تقضى بطلان القوانين المخالفة للكتاب والسنة؛ ليصل إلى أن شريعتنا سقت النظم "الوضعية" العصرية إلى نظرية بطلان القوانين المخالفة للدستور، بحسبان أن نصوص القرآن والسنة هي في الحقيقة الدستور الشرعي بالنسبة لأحكام الشريعة ذاتها، كما أنها دستور "وضعي" بالنسبة للقوانين الوضعية والأدلة العديدة التي قدمها على بطلان القوانين الوضعية المخالفة للشرعية بلغت ستة عشر - وهي تستند إلى نصوص قطعية من القرآن وصفت من يخالفون حكم الله بأنهم يتبعون الهوى؛ أو يحكمون الطاغوت؛ وأنهم خرجوا عن الإيمان - بل إنهم كفروا - وبالتالي فإن واجب الأفراد في نظره هو الإمتناع عن طاعة القوانين التي تفرضها الدولة وتكون مخالفة للأحكام الجنائية الشرعية؛ لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق؛ ويقع هذا الواجب أولاً على من يعملون لحساب الدولة من الأتباع والأعوان والموظفين - بل والقضاة - وهذا هو بيت القصيد الذي سنناقشه ... ولا يكفي بالنصوص القرآنية - بل إنه يضيف إليها "إجماع الأمة الإسلامية" الذي انعقد بعد وفاة رسولنا الأمين، على أنه لا طاعة لأولى الأمر في الدولة الإسلامية إلا في حدود ما أنزل الله ...

* * *

كلمة عارضة

أ - قبل أن تبين رأينا في المنطق الذي استند إلى هذه الأسباب العديدة وأوصله إلى هذا الحكم القاطع، هناك موضوع عارض - إذ لا بد أن نشير إلى ما قاله (في الدليل التاسع). عند عرضه لما زوى عن الجنود الذين رفضوا أن يطيعوا أمر قائدهم الذي أشعل نارا وأمرهم أن يلقوا بأنفسهم فيها اعتماداً على أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمرهم أن يسمعون له ويطيعوا ... وأن الرسول الكريم قد أقرهم على رفض طاعة ذلك القائد، قائلاً إنهم لو أطاعوه في هذا الأمر "الجائر الباطل" لبقوا في النار، يقصد نار جهنم - لأنهم "قصرُوا في الاجتهاد" ولم يعملوا بالمبدأ الشرعي القائل بأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق؛ وإلقاء أى شخص نفسه في النار هو معصية ظاهرة لكل من يعرف مبادئ شريعتنا. ومعنى ذلك أنه يؤيد ما قلناه سابقاً من أن الفرد المكلف هو أول من يلتزم بالاجتهاد لاستنباط الأحكام الواضحة لنفسه لكي يلتزم بها ... في حدود ما لديه من العلم، الذي هو فريضة على كل مسلم ومسلمة ... وأن من أصول شريعتنا أنه لا توجد سلطة إلا ولها حدود لا يجوز أن تتجاوزها.

ب - لقد عرض (في الدليل رقم 11) المبادئ الشرعية التي تعطى "لأولى الأمر" حتى إصدار النظم أو التشريع لضمان تنفيذ نصوص الشريعة بشرط الالتزام بما قرره من أحكام

❁ ولى الأمر التنفيذي لا يملك سلطة التشريع، سواء كانت ولايته شرعية أو غير شرعية،

لأن أولياء الأمر في الفقه والتشريع هم أهل الاجتهاد الذين ينبون عن الأمة في ذلك :

وتكون نظمهم مشروعة طالما أنها لازمة لتنظيم أمور الجماعة وسد حاجاتها وأما على أساس مبادئ الشريعة فيما لم يرد به نص شرعى، ثم أضاف لذلك (في الدليل رقم 12) أن الأمراء أو الرؤساء أو السلاطين حين يتولون التشريع أو التنظيم في الحدود المشار إليها يقومون به "بحسبائهم خلفاء الرسول، أو نوابا عن الجماعة الإسلامية". وهذا يؤيد ما قدمناه سابقا من أن حق التقنين الشرعى (في المواد الجنائية وغيرها) إنما تمنحه الشريعة للجماعة أو الأمة، أو نوابها الذين تختارهم لذلك بحرية كاملة... وليس لمن يستولون على السلطة بغير طريق الشورى الحرة، ويعطلون حق الشعوب في اختيار من يمثلونها في عملية الاجتهاد وهم أولو الأمر في نطاق الاجتهاد والتشريع والتقنين في نظرنا.

والآن نعود لموضوعنا :

تلاحظ قوله بأن أولى الأمر في دولة إسلامية (أيًا كان السند الذى يستندون إليه) ليس لهم أن يخرجوا على نصوص الشريعة، (في نهاية الدليل رقم 12)، ويشير إلى أنه إنما أورد القواعد المتعلقة بأولى الأمر الشرعيين ليؤكد عدم الاعتراف لهم بحق التقنين إلا على أساس المصادر الشرعية وفي نطاق مبادئ الشريعة مؤكداً أن ذلك يسرى من باب أولى على المغتصبين للسلطة في الدولة الإسلامية الذين يفرضون سيطرتهم بغير طريق الشورى وبالقلب والقوة دون بيعة حرة - وبذلك يتفادى التعرض للفصل في مدى شرعية الدولة أو ولاية رئيس الدولة أو أولى الأمر فيها - الذين يتولون التقنين أو التشريع - في هذا الموضع - وسارع ليؤكد (في الدليل رقم 13) أن من يسميهم أولياء الأمر "يقصد رؤساء الدول" في الدولة الإسلامية لا يملكون حق التشريع، وإنما لهم حق التقنين أو التنظيم فقط؛ لأن التشريع الإسلامى من حق الله والرسول، هذا إذا كانوا قد تولوا الأمر بطريق شرعى - ومن باب أولى لو كانوا متغلبين أو مغتصبين للسلطة في دولة إسلامية.

والنتيجة التى يريد أن يصل إليها هي أن كل ما تصدره "الدولة" مما تسميه قوانين أو لوائح أو أوامر أو حتى دساتير وضعية إنما هي مجرد إجراءات تنفيذية - لامشروعية لها في الإسلام إذا تعارضت مع أصول الشريعة أو مبادئها أو أحكامها؛ لأنها أدنى مرتبة منها. قدمنا قوله إن الشريعة في الإسلام هي في نظره بمثابة الدستور الوضعى؛ بل إنما أعلى مما يسمى الآن بالدساتير "الوضعية".

وبينا أنه يؤكد ذلك بما ورد في الدستور المصرى من أن دين الدولة الرسمى هو الإسلام (الدليل رقم 14)؛ ويستدل بذلك على أن كل ما يخالفها (من دساتير أو قوانين أو لوائح أو إجراءات أو أوامر) تكون باطلة ولا يجوز تطبيقها أو الخضوع لها. ولنا رأى في هذه النتيجة التى توصل إليها نعرضه في حاشيتنا على البنود التالية.

١٩٤ - مدى بطلان ما يخالف الشريعة : قلنا : إن ما يخالف الشريعة من قانون أو لائحة أو قرار باطل بطلانا مطلقا، لكن هذا البطلان لا ينصب على كل نصوص القانون أو اللائحة أو القرار، وإنما ينصب فقط على النصوص المخالفة للشريعة دون غيرها؛ لأن أساس البطلان هو مخالفة الشريعة، فلا يمتد البطلان منطقيا لما يوافق الشريعة من النصوص ولو أنها أدمجت في قانون واحد أو لائحة واحدة أو قرار واحد مع غيرها من النصوص المخالفة للشريعة، وتعدّ النصوص الموافقة للشريعة صحيحة مادامت قد صدرت من هيئة تشريعية مختصة، واستوفت الإجراءات الشكلية المقررة .

وإذا كان البطلان قاصرا على النصوص المخالفة للشريعة، فإن هذه النصوص لا تعدّ باطلة في كل حالة، وإنما هي باطلة فقط في الحالات التي تخالف فيها الشريعة، صحيحة في الحالات التي تتفق فيها مع الشريعة، وليس هذا بمستغرب مادام أساس الصحة والبطلان راجع إلى موافقة الشريعة أو مخالفتها، إذ العلة تدور مع العلول وجودا وعدما . ومن الأمثلة على بطلان النص الواحد في بعض الحالات وصحته في بعض الحالات الأخرى، جرعة الزنا، فعقوبتها في الشريعة رجم الزاني المحصن، وجلد الزاني غير المحصن. والزنا شرعا هو إدخال الحشفة أو مقدارها في الفرج، فما كان دون ذلك فلا حد فيه، وإنما فيه التعزير. فالشروع في الزنا ومقدمات الزنا من قبلة وعناق وملامسة كل ذلك لا يعاقب عليه بعقوبة الحد: وهي الرجم والجلد. والفعل التام لا يعاقب عليه في بعض الحالات بعقوبة الحد إذا درى الحد للشبهة أو كان الجاني صغير السن. وعلى هذا فالجرائم التامة التي يجب فيها الحد لا يجوز أن تطبق عليها نصوص القانون، لأنها تخالف حكم الشريعة، وتعاقب بعقوبة غير عقوبتي الرجم والجلد اللتين توجبهما الشريعة. أما الجرائم التامة التي درى فيها الحد، والجرائم غير التامة، فالعقوبة عليها هي عقوبة التعزير طبقا للشريعة. والتعزير من العقوبات التي تتركها الشريعة لتصرف الهيئات التشريعية. ولما كان قانون العقوبات صادرا عن هذه الهيئات - ٢٦٥ -، فإن عقوباته تعد تعزيرا عن الأفعال

تعليق "رقم ٢٦٥ -": الهيئة التشريعية المعترف بها إسلاميا بنظر فقهاء المذهب الجعفرى هي التي تجتمع فيها الشروط المقررة في الإسلام وتنتخب من الأمة، وعملها استخراج الأحكام من الشريعة الإسلامية . والهيئات التي وضعت القوانين في البلاد العربية كلها لم تنصف بالأوصاف المذكورة، فهي ليست من الهيئات التي أوكلت عقوبة التعزير إليها، بل طاهر بعض النصوص أن التعزير أوكل إلى الحاكم لا إلى الهيئة التشريعية أيا كانت فلا تكون أحكامها لازمة للاتباع وإن لم تخالف الإسلام إذ لا سلطة لها على ذلك . وكذا الكلام في عقوبتي السرقة والقتل .

رأينا في "تعليق ٢٦٥ -": "يؤيد فيه السيد الصدر ما قلناه دائما من أن استعمال اصطلاح "الهيئة التشريعية أو السلطة التشريعية" الراجح في الفقه الوضعي لا محل له في الفقه الإسلامي - وقد =

التي لا يعاقب عليها بعقوبة الحد، أى بأى عقوبة مقدرة، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات باطلة في كل حالة يجب فيها الحد صحيحة في كل حالة تستوجب التعزير. والسرقة العادية عقوبتها القطع في الشريعة، وعقوبتها الحبس في القانون، ولكن حد القطع لا يجب إلا في سرقة تامة توافرت فيها شروط الحد. فإذا لم تكن السرقة تامة، أو لم توافر فيها شروط الحد فالعقوبة هي التعزير. والعقوبة المقررة في قانون العقوبات هي عقوبة تعزيرية، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات الخاصة بالسرقة باطلة في كل سرقة عادية تعاقب عليها الشريعة بالقطع، وصحيحة في كل سرقة تعاقب عليها الشريعة بالتعزير. والقذف في الشريعة عقوبته الجلد ثمانين جلدة، ولكن القذف المعاقب عليه بعقوبة الحد هو الرمي بالزنا أو نفى النسب، وما عدا ذلك لا يُعَدُّ قَذْفًا وإنما يُعَدُّ سبًا وعقوبته التعزير. ولما كانت الأجزئية في قانون العقوبات تعازير فإن نصوص قانون العقوبات الخاصة بالقذف تعد باطلة في كل قذف تعاقب عليه الشريعة بعقوبة الحد، وتعد صحيحة في كل قذف أو سب تعاقب عليه الشريعة بعقوبة التعزير إلا فيما يختص بالمنع من إثبات القذف فإن الشريعة لا تمنع القاذف من إثبات ما قذف به بينما القوانين تمنع ذلك^(١).

= توصل فقيها القاضي الشهيد عوده إلى القول بأن التشريع الجنائي الوضعي يمكن غُذَّه تعزيرات شرعية إذا كان خارج نطاق العقوبات المقررة (حدا أو قصاصا) ولم يتعارض معها في نظره. إن هذا القول يريح ضمانات قضائنا الإسلاميين الذين يطبقون التشريعات الجنائية الوضعية حاليا، لكنه في نظرنا يؤدي إلى تضيق نطاق التشريع الجنائي الإسلامي ليصبح مقصورا على أحكام الحدود والقصاص، ولذلك لا نوافق عليه لأن التعازير الشرعية مرتبطة عضويا بالمعاصي الشرعية - وبالأحكام التكليفية في شريعتنا، فلا يمكن تجاوز ذلك ولا يجوز الاكتفاء بالنصوص الوضعية المستوردة التي لا يلتزم واضعوها بمبادئ شريعتنا في التكليف والتحريم ويكتفون بنقلها من الفقه الأجنبي. ونحن لا نوافق ماجرى عليه بعضنا في القول بتصحیحها بحجة أنها لا تتعارض مع العقوبات المقررة بنصوص شرعية، حدا أو قصاصا كما يقول فقيها الشهيد عوده هنا. إننا نؤيد ماقاله السيد الصدر بأن التشريع في نطاق التعزير هو مهمة أهل الاجتهاد الذين قال عنهم إمام تنوافر فيهم الشروط المقررة في الإسلام ويستخيون من الأمة ويلتزمون بالأصول والمصادر الشرعية. كما نؤيد قوله بأن ماقاله فقيها وأمثاله عن "الحيثيات التشريعية" الوضعية التي لا تتوافر فيها شروط الاجتهاد - لا يجوز أن يؤدي الاعتراف بولاية التشريع إلى الأمراء والسلطين والرؤساء الذين يبرءون من الشريعة وعلنون أن التشريع حق "للدولة" التي يدعون تمثيلها وقاموا بالاستيلاء عليها بالقوة والعلب... دون التزام بالشورى والبيعة الحرة التي فرضها الإسلام.

(١) راجع الفقرة ٢٤٠ - إثبات القذف حق للقاذف، وقانون العقوبات المصري لايمنس الحقوق الشرعية طبقا للمادة السابقة منه.

اعتبار النصوص المخالفة للشرعية باطلة بطلاناً مطلقاً نتائج مهمة نبينها فيما يلي :

أولاً - من وجهة تطبيق النصوص الباطلة : يجب على القاضي ألا يطبق النصوص القانونية الباطلة في حالات البطلان، وعليه أن يطبقها فقط في حالات الصحة. وليس للقاضي أن يحتج "بأن" القوانين لا تخوله حق الفصل في صحتها وبطلانها مرتكناً في ذلك إلى نفس هذه القوانين، فإن سلطة القاضي في إبطال ما يخالف الشرعية تأتي من الشرعية لا من القوانين المخالفة لها .

ويستوى أن يحكم القاضي ببطلان النص المخالف، أو يكتفى بالامتناع عن تطبيقه لبطلانه؛ لأن القاضي لا بد أن يبين في حكمه سبب امتناعه عن تطبيق النص وهو البطلان، وهذا البيان يساوي تماماً الحكم بالبطلان ولو جاء في أسباب الحكم فقط ولم يدخل في منطوقه، لأنه سبب جوهري. والأسباب الجوهرية تعد جزءاً من منطوق الحكم. وليس للقاضي أن يحكم بالبراءة بحجة بطلان النص المطلوب تطبيقه على الواقعة، أو بحجة أنه مكلف طبقاً للقانون أن يحكم بعقوبة معينة فإن لم يحكم بها فعليه أن يرى المتهم. ليس للقاضي ذلك؛ لأن القول بالبطلان أساسه أن الشرعية تمنع من تطبيق غير أحكامها، وتوجب أن يعاقب مرتكب الجريمة بالعقوبات التي قررتها. فإذا أخذنا بحكم الشرعية في بطلان نص القانون استلزم ذلك الأخذ بحكم الشرعية في عقوبة الواقعة، فوجب إذن ألا يحكم القاضي بالبراءة، وأن يحكم بالعقوبة المقررة في الشرعية الإسلامية مادام مختصاً بنظر الجريمة .

وإذا اقتنع القاضي ببطلان النصوص المخالفة للشرعية وجب عليه أن يطبق حكم الشرعية، وليس يهمه بعد ذلك أن ينفذ حكمه أو لا ينفذ مادام قد أدى واجبه وفعل ما يعتقده حقاً، فضلاً عن أن التنفيذ ليس من اختصاصه، بل هو من اختصاص السلطة التنفيذية، وهي ملزمة بتنفيذ أحكام القضاء كلما كانت نهائية أو واجبة التنفيذ. فإذا أصبح حكم القاضي نهائياً اضطرت السلطة التنفيذية لتنفيذه .

ثانياً : من وجهة الاختصاص : وليس للقاضي أن يحكم بعدم اختصاصه بنظر الجريمة المعروضة عليه؛ لأنه مختص بنظرها طبقاً لنص القانون الجنائي الذي أصدرته الهيئة التشريعية، ولأن النصوص التي تحدد الاختصاص صحيحة إذا صدرت ممن يملك توزيع الاختصاص. ولا عبرة بما كان عليه العمل قديماً عند نظر جرائم الحدود، فإن القضاء في الشرعية الإسلامية يتخصص بالزمان والمكان، ولولى الأمر طبقاً للشرعية سلطة توزيع الاختصاص القضائي، وقد وزعه فيما يختص بالجرائم على المحاكم الجنائية بالشكل الوارد في القوانين .

عودة وإذا كان توزيع الاختصاص بين المحاكم الجنائية قائما أصلا على أساس جسامته العقوبة، إلا أن المشرع قد بين بشكل قاطع الجرائم التي تختص بها كل محكمة. ومادامت القوانين الجنائية لم تذكر شيئا عن عقوبات الشريعة، فلتنظر إلى الجريمة ذاتها، فإن كانت من اختصاص المحاكم الجزئية عُدَّ القاضى نفسه مختصا-٢٦٦- وحكم بالعقوبة المقررة في الشريعة بدلا من العقوبة التي جاء بها القانون ولا تقرها الشريعة، على أساس أن المشرع رضى له أن يحكم بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة على كل من ارتكبها، وجعل الحكم بعقوبتها من اختصاصه.

وعلى هذا، يكون القاضى الجزئى مختصا بنظر قضايا السرقة العادية، والقتل، والشرب. أما السرقة المصحوبة بإكراه أو تهديد، والسرقة التي ترتكب في الطريق العام، وهي ما يسمى في الشريعة بقطع الطريق أو الحراة، فهذه من اختصاص محاكم الجنايات لسببين. أولهما: أن الفعل المكون للجريمة جعل بنص القانون من اختصاص محاكم الجنايات؛ وثانيهما: أن الشريعة نصت على القتل عقوبة في هذه الجريمة، والقتل عقوبة لا يحاكم بها إلا محاكم الجنايات طبقا للقانون-٢٦٧-.

أما جريمة الزنا، فإن كانت من غير محصنين نظرنا إلى الفعل المنسوب إليهما، فإن كان القانون قد جعله من اختصاص محكمة الجنب حوكم المتهمان أمام هذه المحكمة، وإن كان قد جعله من اختصاص محاكم الجنايات حوكم المتهمان أمامها. ويمكن القول بأنه لا داعى لاختصاص محاكم الجنايات في الزنا من غير محصنين؛ لأن اختصاص هذه المحاكم كان أساسه توقيع عقوبة خاصة تخالف العقوبة التي توقعها محكمة الجنب، فإذا كان الفعل لا يعاقب عليه في الشريعة إلا بعقوبة واحدة هي الجلد، كان من المعقول أن تكون محكمة الجنب هي المختصة، مادامت تختص بتوقيع عقوبة الجلد على الزنا في بعض الصور.

وإذا كان الزنا من محصنين فالجريمة من اختصاص محاكم الجنايات؛ لأن العقوبة المقررة للزنا هي الرجم أى القتل بطريق معين، والحكم بعقوبة القتل من اختصاص محاكم الجنايات، وليس من اختصاص القاضى الجزئى. وإذا كان أحد الزائنين غير محصن،

الصدر تعليق "رقم-٢٦٦-": إذا كان فيه أهلية القضاء وكانت الجهة التي عيت له الاختصاص معترفا بما شرعا.

الصدر تعليق "رقم-٢٦٧-": إذا كانت الهيئة التي سته معترفا بما شرعا، والا فلا يتبع القانون في كل مايشمل عليه ولا يتبع في تعيينه اختصاص المحاكم، بل لأى قاض تجتمع فيه الشرائط أن ينظر في جميعها.

الشاوى رأينا في "التعليقين رقمى-٢٦٦-،-٢٦٧-": إننا نرى أن المعلق الشيعى على حق في أنه لا يجوز تجاهل الشروط التي وضعها الفقه لأهلية القضاء، بل وشرعية الجهة التي تعطيه ولاية القضاء وتحدد اختصاص المحاكم المختلفة... لأن كل ماتقرره القوانين الوضعية حاليا لا يراعى فيه تلك المبادئ الشرعية، ولذلك يكون عُدَّها تعازير شرعية فيه تجاوز لا تقره.

عقوده فالإختصاص لمحاكم الجنايات أيضاً؛ لأن فعل الزنا لا يمكن تجزئته، ووحدة الفعل المنسوب للزنايين تقتضى أن يحاكما عليه أمام محكمة واحدة؛ ولأن القاضى الجزئى لا يملك عقاب الزانى المحصن، وإن كان له أن يعاقب الزانى غير المحصن. أما محكمة الجنايات، فتملك عقاب الزانى المحصن بالرجم وتملك أن تعاقب بما هو أدنى من الرجم كالجلد؛ لأن من يملك الأكثر يملك الأقل.

ثالثاً : من وجهة تطبيق القوانين بصفة عامة : يترتب على الأخذ بنظرية البطالان ألا يطبق من أحكام القوانين الوضعية جنائية أو مدنية، أو تجارية، أو دولية. إلخ، إلا الأحكام التى تتفق مع نصوص الشريعة، إذا كانت الشريعة قد نصت صراحة على أحكام خاصة، أو الأحكام التى تتفق مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، إذا لم تكن الشريعة قد نصت على أحكام خاصة. أما الأحكام المخالفة للشريعة فتهمل إهمالاً تاماً، وتحمل محلها أحكام الشريعة مع مراعاة اختيار الآراء الشرعية التى تسجّم مع نصوص القوانين الصحيحة. ولا يشترط - ٢٦٨ - لصحة نصوص القوانين أن تكون أحكامها موافقة لمذهب معين فى الشريعة كالمذهب الحنفى مثلاً أو المالكي، بل يكفي لعدّ حكم القانون صحيحاً أن يكون موافقاً لرأى أحد المجتهدين من فقهاء الشريعة، إذ إن اختيار المشرع لحكم متفق مع مذهب شرعى يُعدّ أخذاً بالمذهب المتفق مع هذا الحكم. وإذا كان بعض الحكم متفقاً مع الشريعة وبعضه مخالفاً لها فالمخالف باطل، ويحمل محله حكم الشريعة الذى ينسجم مع بقية الحكم الذى لم يبطل دون حاجة للتقييد بمذهب شرعى معين - ٢٦٩ -

وعلى هذا الأساس يمنع التمايز بين النصوص، ويكون هناك تناسق بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية. على أن هذا لا يمنع المشرع فيما بعد من اختيار النظريات الشرعية التى تتفق مع حالتنا الاجتماعية - ٢٧٠ -، وتعديل القوانين تعديلاً شاملاً على أساس هذه النظريات.

رابعاً : م: يترتب على بطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة أن تطبق المحاكم فى الحال نصوص الشريعة الإسلامية دون حاجة لتدخل من الهيئة التشريعية، كما يترتب على البطالان أن تلتزم الهيئة التشريعية حدود الشريعة فيما تصدره من قوانين ولوائح ووجهة تطبيق الشريعة وقرارات جديدة.

المصدر تعليق "رقم - ٢٦٨ -": لا يصح للقاضى أن يحكم إلا على وفق فتواه إن كان مجتهداً أو فتوى من يرجع إليه فى التقليد إذا لم يكن مجتهداً. فكل قانون يكون مخالفاً لرأيه يكون باطلاً بنظره إلا أن يكون موافقاً للمذهب الذى تلزم الدولة الإسلامية باتباعه.

المصدر تعليق "رقم - ٢٦٩ -": مر علينا الكلام فى ذلك قريباً فراجع.

المصدر تعليق "رقم - ٢٧٠ -": إذا كانت موافقة لرأيه أو لرأى يرى حجته.

يهما هنا كلامه عن حكم القوانين الوضعية في المواد الجنائية وخاصة فيما يتعلق بتعطيل عقوبات الحدود والقصاص، أو الاكتفاء بعقوبات يمكن أن تُعَدَّ تعزيرية. فهو يرى أن النصوص الوضعية التي تعاقب على بعض الجرائم بعقوبات غير تلك المحددة لها بالنصوص الشرعية (حدا أو قصاصا) تُعَدَّ باطلة؛ لأنها في نظره تعطل الحدود أو القصاص، وهو في هذا منطقي مع الاتجاه الذي سار عليه من قبل وهو الفصل التام بين أحكام هذه الجرائم وبين أحكام جرائم التعزير.

وقد سبق لنا أن انتقدنا هذا الرأي وخالفناه، وقلنا إن ما أورده من أقوال الفقهاء يدل على أن عقوبة التعزير عامة في جميع الجرائم، وأن القصاص أو العقوبة الحدية ليست إلا الحد الأقصى للعقوبة الذي يجب الحكم به عند توافر شروط أو ظروف معينة مشددة للعقوبة؛ وأنه في حالة عدم وجود هذا الظرف المشدد أو عند تعذر الحكم بهذه العقوبة القصوى بسبب من الأسباب، فإنه يجب على القاضي أن يحكم بعقوبة تعزيرية لأنها هي الأصل؛ فعقوبات التعازير ليست غريبة على هذه الجرائم وليست مستبعدة منها بل دليل أن بعض الأئمة أجاز أن يضاف التعزير إلى العقوبة المقررة، ولذلك فإن تطبيق هذه القوانين بمعرفة القاضي لا يكون في نظرنا خطأ من جانبه ولا باطلا في ذاته في حالة وجود مانع من تطبيق عقوبة الحد أو القصاص - والمانع في هذه الحالة هو ممارسة الدولة سلطة تخصيص القضاء وصدور أمرها بحرمان القضاة من الحكم بالعقوبة المقررة حدا أو قصاصا.

في مثل هذه الأحوال، فإن الخطأ هو تعطيل عقوبة الحد الأقصى بدون مبرر شرعي؛ والذي قرر هذا التعطيل ليس هو القاضي، وإنما هي سلطات الدولة التي خصصت القضاء وقرضت على القاضي الاكتفاء بالعقوبة التعزيرية؛ و نرى أنه في هذه الحال لا مفر من التزامه بتطبيق هذا النص احتراماً لمبدأ تخصيص القضاء. وإذا كان هناك خطأ أو عيب في هذا الوضع فهو يقع على عاتق سلطة الدولة التي عطلت الحد أو القصاص وليس على القاضي الذي يحكم بمقتضى النص الوضعي بعقوبة يعدها فقيها تعزيرية.

إن الفقيه الشهيد كان قاضياً في المحاكم المصرية، وكان مثل كثيرين غيره يشعر بحرج إزاء تطبيق القوانين الجنائية التي تفرض عقوبات يمكن عدّها تعزيرية فقط من باب التجوز في جرائم الحدود أو القصاص؛ وكان هذا الحرج أول الأسباب التي دعت له للاستقالة ليتفرغ للدعوة والتأليف. لكن كثيرين غيره بقوا في سلك القضاء، وطبقوا هذه الأحكام الوضعية، وما يزال منهم كثيرون للآن؛ وكان منهم صديقنا الراحل المرشد العام الثاني للإخوان المسلمين المستشار حسن الهضيبي، الذي عمل بالقضاء حتى وصل إلى أعلى درجاته قبل اختياره مرشداً للإخوان المسلمين.

وإنصافاً لهؤلاء، فإننا يجب أن نذكر أنهم كانوا على حق عندما التزموا بتطبيق تلك التعازير برغم أن إلزامهم بها كان يؤدى إلى عدم تطبيق عقوبة الحد أو القصاص المقررة لها فى الشريعة فى أحوال استثنائية وبشروط عديدة؛ وذلك لأنهم ليسوا هم الذين قرروا تعطيل تلك العقوبات الحدية، وهذا التعطيل لا يمنع من تطبيق العقوبات التعزيرية بل يوجب ذلك لأننا قلنا إن التعازير عامة على جميع الجرائم بما فى ذلك جرائم الحدود والقصاص والدية. إن تعطيل الحد أو القصاص فى نظرنا باستعمال سلطة تخصيص القضاة موجب للتعزير طالما أن الجرعة ثابتة لأن الأصل هو تطبيق عقوبة التعازير دائماً كلما تعذر الحكم بعقوبة الحد أو القصاص لأى سبب من الأسباب، وبالتالي فإننا لانذهب إلى حد القول بطلان هذه النصوص؛ وإنما نرى أن هناك خطأ من جانب المشرع الوضعى⁽¹⁾، وهذا الخطأ يجعل القاضى ملزماً بتطبيق عقوبة تعزيرية.

* * *

إنه تمحس لتطبيق مبدأ البطلان على أوامر رؤساء الدول الذين يتعون القضاة من تطبيق الحدود - ورأى أن من واجب القاضى المسلم أن يرفض هذا الأمر الباطل لأنه مخالف للشريعة التى هى قمة النظام الدستورى بحسبان أن تلك الدولة إسلامية، لكنه فى ذروة هذه الحماسة نسى أن هناك مبادئ عامة ونظريات عديدة لا بد من إعمالها، وسوف نرى أنها قد تزدى إلى غير النتائج التى توصل إليها.

أولى هذه النظريات التى أقرها الفقه هى حق "الدولة" فى تخصيص القضاة الذين تعينهم بأن تحدد لكل منهم اختصاصه بالنطاق المكائى أى بالاقليم الذى يتولى القضاء فيه ولا يتجاوز حدوده - وكذلك اختصاصه بنوع من القضايا ونوع العقوبات التى يختص بها دون غيرها؛ فإذا عين للفصل فى قضايا الأحوال الشخصية لم يكن له الحق فى أن يفصل فى الجنايات أو المعاملات المدنية. بل ولها كذلك أن تعين له نوع الجرائم التى يختص بها والعقوبات المقررة لها، فإذا عين للفصل فى قضايا الجرح التى لا تتجاوز عقوبتها الحبس ثلاث سنوات لم يكن له أن يفصل فى غيرها ولا أن يحكم بما هو أكثر من تلك العقوبات أو يختلف عنها .

(1) نشر إلى ما قاله الشهيد عودة فى البند (199) من أن المشرعين الوضعيين فى بعض البلاد قد عملوا إغفال النصوص الشرعية إغفالاً تاماً فى القوانين الجنائية الوضعية: "وهذا خرج أولو الأمر عن حدود وظيفتهم (التي لا تجيز لهم التدخل فى سلطة التشريع)، وهذا الخروج إذا كان لا يؤدى إلى بطلان كل عملهم؛ فإنه يؤدى إلى بطلان ما يصدر عنهم مخالفاً للشريعة...".

المستولون في الدولة هم الذين عطلوا الحدود، وليس القاضي الذي

خصصه للحكم في التعازير وحدها :

وفي حالتنا هذه نرى "الدولة" قد عينت قضاها للحكم في التعازير، ولم تمنحهم ولاية الفصل في القصاص أو الحدود. وعلى ذلك، فإن ولايتهم تكون في هذا النطاق وحده - متى قبلوا هذه الولاية - وليس لهم الحق في أن يتجاوزوا العقوبات التعزيرية أو يحكموا بغيرها، بحجة أن الجرعة المعروضة عليهم عقوبتها الشرعية هي القصاص أو الحد الذي قرره القرآن الكريم. إنه لا حق للقاضي في ذلك، لأنه ملتزم بما قرره "الدولة" التي عينته والتي من حقها حسب الفقه أن تحدد له نطاق ولايته وتمنعه من تجاوزها .

فكيف نقبل من فقيها أن ينصحه بالحكم بعقوبة الحد أو القصاص، لأن القرآن فرض ذلك ؟ وهذا هو أمر الخالق عليك أن تنفذه وترفض تنفيذ أمر "المخلوق" الذي عينك، أي أنه يطلب منه تجاوز حدود ولايته التي حددتها له الدولة بمقتضى حقها في "تخصيص القضاء" .

لقد أفاض في بداية البند -195- في الكلام عن الاختصاص، وأن ولى الأمر له طبقاً للشرعية سلطة توزيع الاختصاص القضائي، وأن النصوص التي تحدد الاختصاص صحيحة إذا صدرت ممن يملك توزيع الاختصاص. ونحن نعتقد أن بعض النتائج التي توصل إليها تؤدي إلى تجاهل قواعد الاختصاص والمبدأ الشرعي الذي أشار له، وهو أن القضاء في الشرعية يتخصص بالزمان والمكان والموضوع .

* * *

إننا لانحسب أن هناك أى خطأ من جانب القاضي إذا لم يعمل برأى فقيها في تجاهل حدود اختصاصه، لأنه ليس هو المستول عن تعطيل عقوبات الحد أو القصاص في تلك الأحوال؛ وإذا كان هناك خطأ فهو من جانب سلطات الدولة التي وضعت تلك النصوص واقتصرت فيها على عقوبات معينة؛ لذلك لاندب إلى حد القول بأن القاضي يجب عليه تجاهل تلك العقوبات ولا أن يحكم بغيرها كما قرر مراراً .

* * *

هناك نظرية أخرى يجب ألا ننساها - يمكن أن يحتج بها المدافعون عن عمل هذه الدول الصغيرة ذات الولاية المحدودة، وإن كان المستولون عنها يتفادون الاعتراف بذلك أمام الناس، وإن اعترفوا بها أمام ضمائرهم وفي مجالسهم الخاصة. هذه هي نظرية الضرورة أو الاضطرار .

❁ الصلورة الناتجة عن سيطرة القوى الأجنبية يحتج بها بعض أولياء الأمر في دولنا الصغرة:

إن من واجبا كفقهاء أو علماء أن نعلن الخطأ الذي ترتكبه سلطات الدولة التي تعطل الحدود، وندين هذا الانحراف ونحدد المسئولين عنه، ومدى مسئوليتهم. وهنا لا بد أن نلاحظ أنه في بعض الأحيان ليس ناتجا عن ضعف في العقيدة أو عدم الالتزام بأحكام الشريعة، بل إن بعض المسئولين في تلك الدول القطرية المعاصرة الذين تقع عليهم مسئولية التشريع الوضعي يَعْثُونَ أنفسهم مضطرين لهذا المسلك لأن هناك ضغوطا أجنبية تضطربهم لذلك ويعتقدون أنهم لا يستطيعون مقاومتها - ولذلك يمكن لهم في نظرهم أن يحتجوا بوجود حالة ضرورة تبيح لهم المخطورات في نظرهم ونظر من يفتون لهم.

وهذا يُعَدُّ اعترافا من هؤلاء الحكام بأن ولايتهم محدودة وسلطتهم في تطبيق العقوبات المقدره شرعا معطلة بفعل قوى أجنبية فرضت عليهم ذلك.

صحيح أن هؤلاء المسئولين لا يصرون بذلك علنا خشية أن يسيء ذلك إلى صورتهم كملوك أو رؤساء أمام الجماهير المسلمة التي تطالب دولها والمسئولين فيها بموقف بطولي شجاع في رفض الضغوط الأجنبية في هذا المجال وغيره من المجالات؛ لكنني أعلم أن كثيرين منهم يدافعون عن هذا المسلك أمام ضمائرهم وأمام أصدقائهم بوجود حالة الضرورة أو الاضطرار، ولا يحسبون أنهم خالفوا أمر الله ورسوله ولا يدعون أنهم غير ملزمين بأحكام الشريعة بل يعلنون تقديسهم لها لكنهم معذورون فيما قرروه⁽¹⁾.

ونظرية ثالثة يمكن الحديث عنها في هذا الصدد - وهي نظرية "السلطة الفعلية" أو "الولاية المفروضة الواقعية".

(1) ذكرت في كتابي "سيادة الشريعة الإسلامية في مصر" أن الدول الأجنبية حاولت في مفاوضات "مونترو" فرض نص يلزم مصر بعدم تطبيق الشريعة الإسلامية ولكن المفاوضين المصريين رفضوا ذلك، وأقنعوا الطرف الآخر وهو الدول صاحبة الامتيازات بالاكتماء بخطاب ملحق موقع عليه من رئيس وفد مصر بأن حكومتها لا تنوى فرض أحكام تخالف ما يسمى المبادئ المعمول بها في القوانين "العصرية". وتركوا بذلك المجال مفتوحا للمناقشة فيما يُعَدُّ مخالفا أو غير مخالف لهذه المبادئ - ولا شك في أن بعض الدول الكبرى ما زالت حتى الآن تعلن معارضتها لتقنين الشريعة أو تنفيذ بعض أحكامها وخاصة في مجال الحدود أو القصاص .. زاعمين أن ذلك مما يُمَدُّونه هم مخالفا للمبادئ العصرية التي يعطون لأنفسهم وحدهم الحق في احتكار تحديدها والزام غيرهم بها .. ولديهم القوة والتفوذ اللازم لذلك، ويزعمون أن العقوبات البدنية في الحدود تخالف مبادئهم "العصرية" التي يصرون على فرضها علينا كأننا تابعون لهم.

كثير من الفقهاء قبلوا ولاية القضاء من سلاطين وأمراء مشكوك في صحة ولايتهم،
وعدّوا أن ذلك أخف الضررين .

لقد تولى الخلافة في الدول الإسلامية الكبرى من استولوا على السلطة بغير الطريق الشرعي، وهو طريق الشورى والبيعة الحرة، وفرضوا على الناس الخضوع لسلطانهم بعد السيف فضلا عن التهديد والتخويف، وكان في مجتمعات كثير من العلماء والفقهاء بل والأئمة الذين عاصروهم. وإزاء هذا الوضع فقد اختلفت اجتهاداتهم ومواقفهم :
أ - قدّوا العزم والثبات رفضوا ولاية القضاء بأمر هؤلاء الخلفاء أو السلاطين أو الأمراء، لأنهم عدّوا ولايتهم غير شرعية وأن قبول ولاية القضاء بأمرهم وشروطهم قد يفسره العامة على أنه اعتراف بشرعية ولايتهم التي يعرفون أنها غير شرعية وغير صحيحة. والتاريخ يحفظ لنا أسماء الأئمة الأعلام الذين رفضوا ولاية القضاء في تلك الظروف، وتحملوا في سبيل ذلك كل أساليب الاضطهاد والإيذاء. وأسمائهم معروفة ... ويكفى أنه كان منهم الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان الذي رفض تولي القضاء، وبرغم ذلك فإن أكبر تلاميذه وأشهرهم أبو يوسف قد قبل ما لم يقبله أستاذه وتولى القضاء ..
صحيح أن أبا يوسف وأمثاله من أسلافنا الذين تولوا القضاء في دول الخلافة كانوا يطبقون أحكام الشريعة بخلاف قضاة اليوم الذين يلتزمون بتطبيق القوانين الوضعية، لذلك قلنا إن مشكلتنا الآن عصرية لم تعرف من قبل .

* * *

وإذا كنا حاولنا عرض حجة بعض "ولاة الأمر التنفيذي" الذين يحتجون أمام ضمائرهم بالضرورات الناتجة عن "التحذيرات" الأجنبية، فإن الإنصاف أوجب علينا بالنسبة لمن يتولون القضاء ويطبقون "القوانين الوضعية" التي تتجاهل الحدود والقصاص - في العصر الحاضر - وذلك لأنهم ليسوا مبتدعين في ذلك، فقد سار على هذا النهج قبلهم فقهاء من أسلافنا ليسوا موضع شك في علمهم ونزاهتهم، ممن قبلوا تولي منصب القضاء بقرارات السلاطين والخلفاء المعروف عنهم تعطيل الشورى وهي من أهم أصول شريعتنا؛ باستيلائهم على السلطة بالقوة والغلب والقهر... ونحن نعتقد أن ضمائرهم كانت مستريحة لأن الواقع كان يفرض عليهم ذلك في نظرهم، لأن رفض منصب القضاء من جانبهم كان يترتب عليه ترك الساحة لمن هم أقل منهم علما والتزاما بمبادئ الشرع. لهذا كله فإننا لانوافق على النتيجة التي توصل إليها من دعوة القاضي الذي يؤمن بالشريعة إلى أن يرفض منصب القضاء أو يرفض تطبيق الأحكام التي تقرها القوانين الوضعية؛ لأن هذا "الموقف البطولي" الذي يدعونه إليه يتجاهل قاعدة شرعية هي تخصيص القضاء بما يلزمهم به من عتوهم - وأكثر من ذلك سوف يترتب عليه خروجهم من ساحة العدالة ليمرح فيها من هم أقل منهم إيمانا وعلما ونزاهة ...

السلطة الواقعية للاحتلال الأجنبي هي ضرورة تميز للقاضي المسلم

تولى القضاء لتطبيق شريعتنا لأنها شريعة الأمة وليست شريعة الدولة .

إننا نرى فقهاء كثيرين، بل أئمة قبلوا ولاية القضاء في الماضي والتزموا بالشروط التي فرضها هؤلاء الخلفاء أو السلاطين المغتصبون للولاية، بل وقرروا لنا ذلك المبدأ الشهير الذي أشرنا إليه من قبل، وهو حق الدولة التي عينت القاضي في تخصيص القضاء، ولو كانت دولة غير شرعية أو ظالمة ... ما دامت ذات سلطة واقعية أو فعلية ... وهؤلاء الأئمة أو الفقهاء الذين قبلوا تولى القضاء كانوا يرون ذلك أخف الضررين - لأن الضرر الناتج عن رفضهم ولاية القضاء هو ترك الساحة خالية للمنافقين والفاستقن ليتحكموا في أعراض الناس وأرواحهم ويمسكوا بسيف السلطة ليتكلموا باسمها. إن قبول العالم النقي الورع لهذه الولاية رغم أنه يضحي بواجبه في مقاومة سلطان غير شرعي، إلا أنه على الأقل سيسد الباب أمام تعيين قضاة لا يستحقون هذه الولاية وليسوا أهلها .

* * *

يكفينا الإشارة إلى هذه المبادئ أو النظريات التي نرى أنه لا يجوز تجاهلها بحجة الاكتفاء بتطبيق مبدأ أو نظرية "البطالان" في الشريعة التي عني بها دون غيرها .
إننا لم نذكر نظرية رابعة لها الأولوية على كل ذلك، وهي مبدأ وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي يوجب على الأفراد جميعا - والعلماء والفقهاء في مقدمتهم - أن يعملوا لإزالة سلطان من يعتقدون أنه اغتصب السلطة بدون طريقها الشرعي. والأصل أن تكون المقاومة باليد - أي بقتال الخليفة أو السلطان المغتصب - وإذا لم يستطع ذلك فعليه الدعوة لذلك أي أن يقاوم بلسانه، فإن لم يستطع فعليه أن ينكر ذلك في ضميره وقلبه، وهذا أضعف الإيمان. ويظهر من تاريخنا أن عامة الناس، بل وعامة العلماء والفقهاء، قد اكتفوا بأضعف الإيمان لاعتقادهم أنهم لا يستطيعون أكثر من ذلك .
فلماذا نفرض على القضاة في عصرنا الحالي أن يلتزموا بأكثر من ذلك ؟

* * *

وأخيرا هناك نظرية خامسة لا يمكن أن ننساها :
هي أن شريعتنا هي شريعة الأمة وليست شريعة الدولة أيا كانت، إن الدولة غير الإسلامية خارجة عن نطاق هذا البحث .

إن فقيهنا حصر بحثه في موقف القاضي المسلم من تطبيق القوانين الوضعية في الدولة الإسلامية، أو التي ينص دستورها على أنها دولة إسلامية، وبنى حكمه على أن النص على عَدِّ الدولة إسلامية يجعلها ملزمة بتطبيق الشريعة، ويجعل الشريعة في موضع دستور تلزم قوانينها الوضعية بعدم مخالفتها، وتكون تلك القوانين باطلة في نظره إذا كانت مخالفة لأحكامها.

لذلك فإننا نعتقد أنه لم يتعرض للبحث في المشكلة ذاتها إذا كانت الدولة غير إسلامية كالدول الأجنبية التي تحتل بلدا إسلاميا، كما كان الحال مثلا في إندونيسيا وماليزيا والهند والجوائز في أثناء الاحتلال الأجنبي، وكما كان الحال في آسيا الوسطى تحت الاحتلال الشيوعي... وهكذا.

نعتقد أن رأيه لا يختلف عما ذهبنا إليه في تلك الأحوال، لأن ما قلناه ينطبق عليها من باب أولى - إذ إن الموضوع ليس موضوع شرعية القوانين التي تفرضها تلك القوى الأجنبية، وإنما هو في الحقيقة وجوب مقاومة الاحتلال مقاومة فعلية حتى يقضى عليه، وليس هذا واجبا خاصا بالقضاة، بل إنه واجب عامة الشعوب، وهذا هو ما فعله المسلمون في تلك البلاد ونجحوا فيه إلى حد كبير.

والحال كذلك في نظرنا بالنسبة للشعوب الإسلامية التي لا تحكمها دولة أجنبية وإنما تخضع للحكومات "وطنية" لا تعلن الصفة الإسلامية للدولة، بل ينص دستورها أو يعلن رؤساؤها أنها حكومات لا دينية أو علمانية أو أنها لا تطبق الشريعة ولا تقبل الالتزام بها، فإن الشعوب هي التي تلزم بالسعي لإلزام دولها بالخضوع للشريعة وتطبيقها، لأنها شريعة الأمة. من حسن الحظ أن فقيهاها يميز بين الأمة والدولة، ولا يعترف للدولة أنها كانت بطابع شرعي سواء كانت شرعية أو مفروضة بالقوة، بل هي مجرد مؤسسة نظامية أو عسكرية تفرض الولاء الواقعي لها في الشؤون الدنيوية، ولا يعترف لها الإسلام بالحق في التدخل في عقيدة الأمة ولا في شريعتها - فشريعتنا هي شريعة الأمة سواء رضيت الدولة أم لم ترض به، وسواء كانت دولة وطنية أو أجنبية، والأمة بجميع شعوبها هي المسئولة عن إلزام الدول بتطبيق شريعتها....

والواقع أن فقيهاها قصر بحثه على موقف القاضى المسلم من تطبيق القوانين الوضعية للدولة التي عينته، وقد يفهم من كلامه أن الموضوع خاص بتطبيق الحدود، مما يمكن البعض من الزعم أن تطبيق الشريعة هو تطبيق الحدود، في حين أن أحكام الشريعة شاملة متكاملة، ولا يجوز الاكتفاء بتطبيق الحدود أو ترويج القول بأنه يكفي لتطبيقها تنفيذ الحدود مع إهمال الأحكام الأخرى، وبخاصة مبدأ الشورى وتحديد سلطة الحكام ومساءلتهم كما بين هو تفصيلا في التقديم والتمهيد.

إننا نرى أن تطبيق الحدود لا يجوز أن تقوم به سلطة غير إسلامية أو سلطة استولت على الحكم بالقوة والبغي. وإذا كان القاضى لا يستطيع أن يلزم الحكومة التي عينته بمبادئ الشورى وسيادة الأمة، فكيف نلزمه بتنفيذ الحدود الجنائية على الأفراد، وعلى المسلمين وحدهم، بواسطة قضاء غير شرعي وغير مستقل عن سلطة الدولة التي فرضت ولايتها بطريقة واقعية لأساس لها من الشرع؟

١٩٦ - مدى التغيرات التي تستتبع على الأخذ بنظرية البطالان:

يترتب على الأخذ بنظرية البطالان عدم تطبيق النصوص المخالفة للشرعية وإحلال نصوص الشرعية محلها، ولن يؤدي تطبيق أحكام الشرعية إلى إحداث تغيير كبير في أوضاعنا القانونية؛ لأن معظم النصوص القانونية لا تختلف عن أحكام الشرعية. وإذا خالف بعض النصوص مايقول به بعض الفقهاء فإن هذه النصوص تتفق مع مايقول به البعض الآخر من الفقهاء. وسنكتفي هنا ببيان التغيرات التي تصيب قانون العقوبات^(١) وهي ترتبط إلى حد كبير بنوع الجريمة، وتختلف بحسب ماإذا كانت الجريمة من جرائم الحدود، أو جرائم القصاص والدية، أو جرائم التعازير.

١٩٧ - أولا : في جرائم الحدود : جرائم الحدود معدودة في الشرعية وهي على سبيل الحصر سبع جرائم - ٢٧١ - : الزنا، القذف، الشرب، السرقة، الحراة، الردة، البغي. وتعاقب الشرعية على هذه الجرائم بعقوبات معينة تسمى حدودا. ويشترط لعقوبة الحد أن تكون الجريمة تامة، وألا يكون هناك مانع شرعي من توقيع العقوبة، فإذا توافر هذان الشرطان فلا بد من عقوبة الحد. وفي هذه الحالة يجب تطبيق نصوص الشرعية، وتبطل نصوص القانون ويمتنع تطبيقها.

أما في الحالات التي لا يعاقب فيها على هذه الجرائم بعقوبة الحد كأن كانت الجريمة تامة ولم تستوف شروط العقوبة، أو درء الحد للشبهة، أو كانت الجريمة شروعا، فالعقوبة في هذه الحالات طبقا للشرعية هي عقوبة التعزير، والتعزير يرجع فيه إلى ولي الأمر. ونصوص قانون العقوبات ليست إلا تعازير مقررمة لمن يملك حق تقريرها - ٢٧٢ -، فيكون قانون العقوبات هو الواجب التطبيق في هذه الحالات. وإذن فقانون العقوبات لن

الصدر تعليق "رقم-٢٧١-" : مر علينا سابقا أن الفقه الجعفري يضيف إلى هذه الجرائم ثلاثة وهي اللواط والمساخقة والقيادة.

الصدر تعليق "رقم-٢٧٢-" : مر علينا قريبا أن السلطات التشريعية في البلاد العربية غير متصفة بالأوصاف المشترطة في الهيئات التي لها حق التشريع، فلا يكون تشريعها لازم الإطاعة لا في جرائم الحدود ولا في غيرها.

(١) رأينا الاكتفاء هنا ببيان التغيرات التي تصيب قانون العقوبات المصري نتيجة للأخذ بنظرية البطالان؛ لأن هذا الكتاب خاص بالجريمة والعقوبة، ونستطيع بعد أن عرفنا أساس البطالان أن نعرف النصوص المدنية الباطلة ومدى بطلانها، وأن نعرف النصوص الباطلة في قوانين الإجراءات ومدى بطلانها. وهكذا نستطيع كلما عرفنا حكم الشرعية وحكم القانون أن نقول : إن حكم القانون باطل إذا كان مخالفا للشرعية، وإنه صحيح إذا كان موافقا للشرعية.

عوده

يعطل إلا في جرائم الحدود التامة المستوفية لشروط الحد، وهذا القول ينطبق على كل جرائم الحدود عدا جريمة الردة-٢٧٣- فلها حكم خاص .
الردة : تعد الشريعة الردة جريمة ماسة بالنظام العام، وتعاقب عليها بعقوبة القتل. وعقوبة الردة لا يمكن إسقاطها بحال في الشريعة. أما قانون العقوبات فلا يعد الردة جريمة ولا يعاقب عليها. ولما كان كل ما يخالف الشريعة باطلا فقد وجب تطبيق حكم الشريعة على كل مرتد، والحكم عليه بالعقوبة المقررة طبقاً للشريعة، ولو أن قانون العقوبات المصري لم يذكر عن الردة شيئاً .

وهذا القول إذا أمكن تقريره من الوجهة النظرية، فإن من الصعب عملاً تنفيذه، فليس في الإمكان محاكمة المرتد والحكم عليه إلا إذا عرض أمره على القضاء، وعرض الجرائم على القضاء مفيد بإجراءات خاصة تتخذها النيابة العمومية، وعلى هذا فسيظل نص الردة الشرعي معطلا حتى ترى النيابة العمومية تنفيذه. على أن جريمة الردة يمكن أن تعرض على القضاء بصورة عكسية، فالشريعة تهدم المرتد ولا تعاقب قاتله؛ لأنه أتى فعلاً مباحاً، فإذا قتل المرتد إنسان وعرض أمر القاتل على القضاء وجب على القاضي أن يبرئه؛ لأنه قتل نفساً غير معصومة؛ ولأن الشريعة تجعل من واجب كل إنسان لا من حقه أن يقتل المرتد. وهذا الواجب ليس فرض عين، وإنما هو من فروض الكفاية إذا قام به فرد سقط عن الآخرين.

المصدر

الشأوى

تعليق "رقم-٢٧٣-": سيأتي الكلام عنها قريباً إن شاء الله .

وأما في "التعليقات من-٢٦٨- إلى-٢٧٣-": مقاله في التعليق من التزام القاضي الإسلامي بالمذهب التي تحدده "الدولة" والذي تلزمه به "الدولة الإسلامية"، يوجب علينا القول بأن إلزام الدولة قضاءً بمذهب أو تقنين معين ناتج عن مبدأ جواز تخصيص القضاء. ونحن نرى أن التخصيص ليس حقاً للدولة شرعاً، بل هو حق للأمة ولأهل الاجتهاد الذين يمثلون الأمة تمثيلاً صحيحاً بالشورى الحرة، وليس حقاً لكل من يتولى السلطة في "الدولة" وخاصة إذا كان مغتصباً للسلطة، وإذا حدث ذلك فإن سلطته تكون فعلية وواقعية وليست شرعية. إن شرعية القانون الوضعي ترتبط بشرعية الدولة التي أصدرته، ولا بد للاعتراف لهذه القوانين بالشرعية من تصحيح أوضاع الدولة التي أصدرتها. ولكن القول بالالتزام القاضي بتنفيذ هذه القوانين لا يستلزم حتماً القول بأنها شرعية، لأن مسؤولية الانحراف بها لا تقع على القاضي المنفذ لها بل على عاتق من أصدرها وألزمه بها باسم الدولة أو سلطتها الواقعية. إن النظم الحالية هي أوضاع واقعية لا تسمح للقاضي بأن يفصل في "شرعية القانون من الناحية الإسلامية بل ولا في دستوريتها الوضعية"، فلا يجوز له الامتناع عن تطبيق قانون بحجة أنه غير شرعي أو أنه غير دستوري، لأن هذا ليس من اختصاصه وهذا ما يشير له التعليق رقم ٢٧٣ (على البند ١٩٧) ورقم ٢٧٩ و ٢٨٠ (على البند ١٩٨) .

كما أننا نؤيد إشارته في كل مناسبة إلى أن وصف القانون الوضعي بأنه موافق للشريعة لا يكفي فيه أن حكمه لا يناقض أحكامها، بل لا بد أن تكون السلطة التي أصدرته شرعية ملتزمة بمصادر الشريعة وأصولها ومبادئها

إن إشارته إلى أن معظم النصوص الوضعية لا تختلف عن أحكام الشريعة؛ كان يجب أن تلقى ترحيباً من المعارضين لتطبيق الشريعة أو العاجزين عن ذلك. والآن ونحن في عصر الصحوة الشعبية الإسلامية، يجب أن نضيف إلى ذلك أن ما تريده الشعوب ليس فقط تغيير أحكام القوانين الوضعية حتى لا تتعارض مع أحكام شريعتنا، وإنما المطلوب الشعبي هو تغيير منابعها الأجنبية واعتمادها على مصادر الشريعة وأصولها ومبادئها لتكون معبرة عن الأصالة التي تعتر بها شعوبنا. لذلك، فإن محاولاته للدعوة للتكامل بين أحكام الشريعة والقوانين الوضعية لم تعد منتجة ولا كافية في نظرنا، وقادته إلى القول بأن القوانين الوضعية هي التعازير الشرعية، وعرضه من ذلك تسهيل مهمة القضاء في "استكمال" تطبيق الشريعة. ونخشى أن يفهم القراء من ذلك أن الفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية ينحصر في تطبيق عقوبات الحدود، وهذا بكل أسف ما يحاول كثير من فقهاء السلاطين أن يقولوا به لتطمين الشعوب وإرضاء السلطات القائمة، ولكن هذا يؤدي إلى ما حذرنا منه دائماً من حصر تطبيق الشريعة في أحكام الحدود، وإهمال نظرياتها ومبادئها العامة التي يجب أن تكون مصادر لأحكام التعازير، وتميزها بذلك عن القوانين الوضعية المستوردة من الخارج... يؤيد ذلك إشارته دائماً إلى أن أحكام التعازير يجب أن تكون في إطار مبادئ الشريعة... وروحها التشريعية (في بداية البندين 191، 192).

* * *

إشارته إلى حد الردة وإهدار دماء المرتدين: لنا رأى خاص فيها سوف تعرضه فيما بعد تفصيلاً لأنه يختلف عما توصل إليه هنا،⁽¹⁾ لأنه لا يجوز أن يصل إلى تعطيل حق القضاء الشرعي المستقل عن الدولة وحده في الحكم بالعقوبات الجدية دون الأفراد جميعاً بعد ثبوت الجرائم بأدلة شرعية صحيحة تدين المسلم الخاضع لولايته. ونحن نأسف لأن المعلق الشعبي السيد الصدر لم يعترض على هذا الرأي مما يفهم منه أنه هو شخصياً يقره.

(1) يراجع تعليقنا على النود: 375 - 377 - وما بعده.

١٩٨- ثانياً : فى جرائم القصاص والدية : يدخل تحت هذا النوع من الجرائم القتل العمد، والقتل شبه العمد، والقتل الخطأ، والجرح العمد، والجرح الخطأ، ولكل جريمة حكمها .

القتل العمد : الأصل فى الشريعة هو أن يعاقب بالقصاص على القتل العمد، سواء كان القتل مقترناً بسبق إصرار وترصد، أو غير مقترن، وسواء كانت هناك ظروف مخففة أو لم تكن. ولا تميز الشريعة للقاضى أن يخفف العقوبة أو يستبدل بها غيرها. أما القانون المصرى، فيعاقب بالإعدام على القتل المقترن بسبق إصرار أو ترصد، وعلى القتل بالسم، وعلى القتل المقترن بجريمة أخرى، وفيما عدا ذلك فالعقوبة على القتل هى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة. ويميز القانون المصرى فى كل الأحوال تخفيف العقوبة واستبدال غيرها بما إذا كانت الظروف تدعو للتخفيف. وهذا الخلاف الظاهر بين الشريعة والقانون المصرى يقتضى الأخذ بنصوص الشريعة دائماً فى الحالات التى توجب فيها الشريعة القصاص، فيحكم القاضى بالقصاص فى كل هذه الحالات، ويمتنع عليه أن يحكم بعقوبة أخرى .

ويميز الشريعة لولى الجنى عليه أن يعفو عن القصاص، فإذا عفى سقطت عقوبة القصاص، ولولى الدم إما العفو مجاناً، وإما الدية أو مقابليها-٢٧٤-، فإذا عفا على الدية وجبت الدية على الجانى، وكان على القاضى أن يحكم بما . ويجب فى حالة العفو على الدية والعفو مجاناً أن يحكم على الجانى بعقوبة تعزيرية، طبقاً ل رأى مالك^(١)، أما أبو حنيفة^(٢) والشافعى^(٣) وأحمد^(٤) فلا يوجبون التعزير فى حالة العفو، ولكن ليس لديهم ما يمنع من التعزير إن اقتضته المصلحة العامة-٢٧٥-. والقانون المصرى لا يجعل

المصدر تعليق "رقم-٢٧٤-": وله أن يعفو عن القصاص ويرضى بدلا عنه مقدارا من المال كان بمقدار الدية أو أقل أو أكثر .

المصدر تعليق "رقم-٢٧٥-": فيجب حينئذ، بل يجب وإن اقتضته المصلحة الخاصة، بأن كان تأديب القاتل وتوبته من جرمه أو عدم تكراره للفعل موقوفاً على ذلك ومع عدم توقف المصلحتين عليه لا العامة ولا الخاصة فلا موجب له بعد إسقاط الحق الخاص وذلك بتنازل ولى الدم عن حقه .

الشاوى رأينا فى "التعليقين رقمى-٢٧٤- و-٢٧٦-": نوافق على ما قاله السيد الصدر من أن العفو يجوز بمقابل مالى، أى تعويض آتيا كان مقداره طالما أنه لا يسقط حق المجتمع فى التعزير لأنه يتصرف فى نطاق حق خاص له .

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٢٦٨ .

(٢) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٤٦ .

(٣) المهذب الجزء الثانى ص ٢٠١ وما بعدها .

(٤) المغنى الجزء التاسع ص ٤٦٧ .

عوده عفو أولياء الجنى عليه أثرا على العقوبة المقررة، ولكن العفو يمكن عده ظرفا قضائيا مخففا يؤدي إلى تخفيف العقوبة، أو استبدال غيرها بما طبقا للمادة ١٧ من قانون العقوبات المصري. وهذا الذي أخذ به القانون المصري يتفق مع مذهب الإمام مالك، حيث يرى عند العفو أن تستبدل بعقوبة القصاص عقوبة التعزير. فكان المشرع المصري قد أخذ بمذهب مالك في هذه المسألة، وعلى هذا يجب في حالة العفو على الدية الحكم بما بعقوبة تعزيرية، وفي حالة العفو محانا يجب الحكم بعقوبة تعزيرية-٢٧٦-. ولما كانت العقوبات المقررة في قانون العقوبات هي عقوبات تعزيرية، فيجب الحكم بالعقوبات المقررة فيه للقتل في حالة العفو إلا عقوبة الإعدام؛ لأن الإعدام هو عقوبة القصاص وهي تسقط بالعفو طبقا للشرعية، وللقاضى في هذه الحالات أن يراعى الظروف المخففة ويقدرها طبقا لنص المادة ١٧ عقوبات؛ لأن الشرعية تبيح ذلك للقاضى في عقوبات التعازير. وفي بعض الحالات يمنع القصاص في القتل العمد، طبقا للشرعية كحالة قتل الأب ولده، وحالة القتل الحاصل من حدث، والقاعدة أن الدية تحمل محل القصاص-٢٧٧-. كلما امتنع القصاص لسبب من الأسباب الشرعية. وما قيل في حالة العفو عن القصاص يقال مثله عن حالة امتناع القصاص.

وخلاصة ما تقدم: أن نصوص القانون تعطل كلما كان القصاص واجبا، طبقا للشرعية، وأن نصوص القانون تطبق في حالة العفو وامتناع القصاص، سواء وجبت الدية أو لم تجب، ولا يعطل من هذه النصوص إلا ما يقتضى بالإعدام عقوبة للجريمة، وهذا هو نفس الأساس الذى كان يقوم عليه قانون العقوبات المصري قبل تعديل سنة ١٩٠٤. الشروع في القتل: يختلف حكم الشروع في القتل تبعا لأثر الشروع. فإن كان الشروع قد أحدث أثرا^(١) يقتض منه، فالعقوبة القصاص. وإن أحدث أثرا لا يقتض منه، أو أثرا يمنع فيه القصاص، فالعقوبة الدية أو الأرش. والأصل عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد أنهم يكتفون بهذه العقوبات ولا يوجبون معها التعزير، لكنهم يميزون-٢٧٨-

الصدر تعليق "رقم-٢٧٦-": وفي حالة العفو على مقدار غير الدية يجب الحكم به سواء قل عن الدية أو كان أكثر منها.

الصدر تعليق "رقم-٢٧٧-": مع التعزير كما يجب على الأب أن يكفر بكفارة القتل متعمدا.

الصدر تعليق "رقم-٢٧٨-": بل يجب التعزير إذا اقتضت المصلحة الملزمة ذلك، ويرجح التعزير بلا إلزام إذا لم تقتض المصلحة الإلزام.

النشوى رأينا في "التعليقات أرقام-٢٧٥-، -٢٧٧-، -٢٧٨-": نوافق السيد الصدر في قوله إن التعزير في حالة عفو الجنى عليه يكون "واجبا"، لأن عفو الجنى عليه هو عفو من عقوبة القصاص وحدها وليس عفوا عن الجريمة، ولا يعطل حق المجتمع في التعازير.

(١) قصدنا بالأثر معناه العام فيدخل فيه الشجاج والجراح وقطع الأطراف وإتلاف مياهاها.

اجتماع التعزير مع الحدود إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة. وأما مالك فيوجب التعزير مع القصاص أو الدية^(١). وعلى هذا يجب أن تطبق -٢٧٩- عقوبات القانون مع عقوبات الشريعة، كلما أوجبت الشريعة القصاص أو الدية أو الأرض، مادام الفقهاء لا يمنعون جمع عقوبة الحد مع عقوبة التعزير، ومادام أولو الأمر -٢٨٠- قد أوجبوا عقوبات تعزيرية معينة هي العقوبات التي نص عليها قانون العقوبات. وللقاضي أن يراعي الظروف، فيخفف العقوبة التعزيرية أو يشدها؛ لأن ذلك حقه طبقاً للشريعة والقانون معاً. أما الشروع الذي لم يترك أثراً، فعقوبته في الشريعة التعزير، ومن ثم تطبق عليه نصوص قانون العقوبات؛ لأن عقوباته تعزيرية.

القتل شبه العمد: يختلف الفقهاء في القتل شبه العمد. فأبو حنيفة والشافعي وأحمد يعترفون به -٢٨١-، ومالك ينكره ولا يرى القتل إلا عمداً أو خطأ ولا وسط بينهما. والقائلون بالقتل شبه العمد يقررون أن عقوبته الدية فقط، ولكنهم مع هذا يميزون أن يجتمع التعزير مع الدية -٢٨٢-، فطبقاً لرأيهم تطبق نصوص القانون في القتل شبه العمد مع نصوص الشريعة، مادام ولي الأمر يوجب التعزير فيه.

وإذا طبقنا نظرية مالك التي تميز الجمع بين القصاص والدية وبين التعزير في الجراح، كان من المنطوق أن نقول بوجود الجمع بين الدية وبين التعزير في القتل شبه العمد -٢٨٣-؛ لأنه إذا صح أن يعاقب الجراح والضارب بالقصاص أو الدية مع التعزير، فأولى أن يعاقب الجراح أو الضارب بالدية مع التعزير إذا أدى جرحه أو ضربه للموت. ولا يقدح في هذه النتيجة أن مالكا لا يعترف بالقتل شبه العمد؛ لأن هذه النتيجة

تعليق "رقم -٢٧٩-": إذا صدرت ممن له حق التشريع.

الصدر

تعليق "رقم -٢٨٠-": ليست الهيئات التشريعية للقوانين في البلاد العربية من أولى الأمر الذين يحق لهم تقنين القوانين كما مر علينا ذلك قريباً.

الصدر

وأما في "التعليقين رقمي -٢٧٩-، -٢٨٠-": يكرر رأيه بأن القوانين الوضعية لا تكون شرعية إلا إذا صدرت من هيئة توافرت فيها الشروط الشرعية (للاجتهاد أو الإجماع)، وهذه الشروط لا تتوفر لدى كثير من الدول حالياً، وقد أيدنا هذا الرأي وأضفنا أنه يجب أن تستبط هذه الأحكام من المصادر الشرعية لا أن تنقل من دولة أجنبية...

الشاوي

تعليق "رقم -٢٨١-": وهكذا فقهاء المذهب الجعفرى.

الصدر

تعليق "رقم -٢٨٢-": إن احتمل الحاكم الشرعى المصلحة فيه ويجب إن كانت المصلحة ملزمة.

الصدر

تعليق "رقم -٢٨٣-": بل هو المتعين إذا رأى الحاكم أن المصلحة العامة أو مصلحة المجرم الخاصة تقتضى بذلك، كما إذا لم يمكن إصلاحه بدون تعزيره.

الصدر

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ٢٤٧، شرح الدردير الجزء الرابع ص ٢٢٤.

عزده التي خلصنا إليها هي منطق نظرية مالك في الجمع بين الحد والتعزير في الجراح، وليست منطق نظريته في إنكار شبه العمد. وإذن فأراء الأئمة جميعا تؤدي إلى تطبيق نصوص الشريعة مع نصوص القانون المصري في وقت واحد على القتل شبه العمد، ولا يمنع هذا القاضي من أن يخفف العقوبة-٢٨٤- التعزيرية طبقا للمادة ١٧ عقوبات أو طبقا لنصوص الشريعة.

القتل الخطأ : عقوبة القتل الخطأ في الشريعة الإسلامية هي الدية المخففة. ولم يقل أحد من الفقهاء بوجوب التعزير-٢٨٥- مع الدية كما قيل ذلك في القتل العمد؛ لأن طبيعة العمد تختلف عن الخطأ، ولكنهم جميعا يميزون اجتماع التعزير مع الحد، وعلى هذا يجب أن تطبق عقوبة الشريعة والعقوبة القانونية-٢٨٦- كما هو الحال في القتل

الصدر تعليق "رقم-٢٨٤-": أى عقوبة التعزير وليس له تخفيف الدية .
الشاوي رأينا في "التعليقات أرقام-٢٨١-و-٢٨٢-و-٢٨٣-و-٢٨٤-": أنها خاصة بعقوبة شبه العمد، وسعود لها في موضعها بالقسم الخاص .

الصدر تعليق "رقم-٢٨٥-": لاوجه لتعزير القاتل خطأ إذا لم يصدر منه معصية، إلا إذا كان خطؤه ناشئا عن التهاون وعدم التحفظ، فإن للحاكم الشرعي تعزيره خوفا من تهاونه وعدم تحفظه مرة أخرى أو تهاون سواء وعدم تحفظه ووقوعه فيما وقع فيه من القتل خطأ .

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٨٥-": يحاول السيد الصدر التمييز بين نوعين من الخطأ، فما يسميه التهاون وعدم التحفظ يميز التعزير (خوفا من تهاونه وعدم تحفظه مرة أخرى وردعا لكل من يتهاون أو لايتحفظ فيسبب بذلك في قتل غيره) في حين أن الخطأ الذي يكون معصية شرعية فحكمه غير ذلك - أى أن التعزير يكون واجبا .

ونحن نرى أن هذه التفرقة لا لزوم لها، لأن ميدا مرونة التعازير وأنها تشمل مجرد التهذيب والتأنيب وغير ذلك من تدابير الوقاية هذه المرونة كفيلة بتمكين القاضي من اختيار الجزاء الذي يناسب كل حالة سواء كان الفعل معصية أم لا - فتكون هذه التفرقة ممكنة في نطاق السلطة الواسعة التي قررها الفقه للقضاء في نطاق التعزير فيمكنه الاكتفاء بتدابير وقائية دون حاجة لعقوبة جنائية. ثم إننا رجحنا القول بأن التعزير في جرائم الخطأ يدخل كله في نطاق تدابير الوقاية التزاما بالأصل الشرعي الذي أشار له الأثر بأن الله قد رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه.

الصدر تعليق "رقم-٢٨٦-": كيف تطبق العقوبة القانونية مع عدم إمضاء الشارع لها إلا في المورد الذي أشرنا إليه آنفا؟

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٨٦-": نؤيد ملاحظة السيد الصدر عندما اعترض على قول فقيهنا بأن القاضي يطبق العقوبة الشرعية ويضيف إليها العقوبة المقررة في القانون الوضعي، لأن مثل هذه =

شبه العمد مادام أولو الأمر - ٢٨٧ - قد أوجبوا التعزير .
الجراح في العمد والخطأ : تعاقب الشريعة على الجراح المتعمدة بالقصاص كلما أمكن القصاص، لقوله تعالى : ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] . وتعاقب بالقصاص في إتلاف الأطراف كلما كان القصاص ممكناً، فإذا لم يمكن قصاص فالعقوبة الدية أو الأرش، أو الحكومة . ويوجب مالك - ٢٨٨ - أن يجتمع التعزير مع الدية أو القصاص تأديباً للجاني . أما بقية الأئمة فيجيزون الجمع ولا يوجبونه، طبقاً لرأى مالك لاتعطل نصوص قانون العقوبات بل تطبق مع القصاص أو الدية كاملة أو ناقصة . وطبقاً لرأى بقية الأئمة يجمع بين القصاص أو الدية، وبين العقوبة القانونية مادام أولو الأمر - ٢٨٩ - قد أوجبوا التعزير، وعلى هذا قراء الجميع لاتعارض مع نصوص القانون المصري، ولا تؤدي إلى إبطالها .

= الإضافة تكون غير شرعية في نظرنا، ونرى أن حرص فقهاءنا على إرضاء ضمير القاضى المسلم المنترم بتطبيق القوانين الوضعية يكفى فيه قولنا بأنه لا يثم شرعاً بتطبيق العقوبات الوضعية التى حددتها السلطة الفعلية فى الدولة، لأن الإثم يقع على عاتق السلطة التى فرضتها وليس على القاضى المنترم بها والمضطر لتطبيقها، دون حاجة لأن يتطوع فقهاءنا بإعطاء هذه السلطة الواقعية (التي لاتوافر فيها شروط الولاية الشرعية) صفة "أولى الأمر" التى سبق أن اعترضنا عليها مراراً .

الصدر تعليق "رقم - ٢٨٧ -" : مر علينا قريباً أن المشرعين للقوانين فى البلاد العربية لم يجتمع فيهم الأوصاف المشتركة فى أولى الأمر الذين لهم حق التشريع .

الصدر تعليق "رقم - ٢٨٨ -" : إنما يجب التعزير إذا اقتضت المصلحة ذلك، قللحاكم أن يعزر وأن يترك التعزير تبعاً لما يراه من المصلحة . ولعل هذا مراد مالك وبقية أئمة المذاهب الأربعة؛ فمالك يوجب التعزير إذا اقتضت المصلحة ذلك، ومراد البقية من الجواز إكمال تقدير المصلحة وعدمها إلى الحاكم .

الشاوى رأينا فى "تعليق - ٢٨٨ -" : نرى أن كلمة الحاكم هنا يقصد بها القاضى المجتهد وليس من يمارسون السلطة التنفيذية سواء بالحق أو بالباطل، كما هو الغالب فى "الحكام" الذين لا يلتزمون بالشرعية ... كما أشار المعلق الشيعى فى رقم - ٢٨٩ - .

الصدر تعليق "رقم - ٢٨٩ -" : مر آنفاً عدم انطباق أولى الأمر الواجبة طاعتهم على المشرعين للقوانين الوضعية فى البلاد العربية، وإنما يصح إذا اقتضت ذلك المصلحة لأن الشريعة قد أوجبت ذلك .

الشاوى رأينا فى "التعليقين رقمى - ٢٨٧ -، - ٢٨٩ -" : اعترض المعلق الشيعى كما اعترض من قبل وأيدنا اعتراضه لأننا نصر على أن "أولياء الأمر" فى التشريع والفقهاء هم أهل الاجتهاد ويمثلو الأمة فى الإجماع، وليسوا هم من يمارسون السلطة باسم الدولة لأنه لاحق لهم شرعاً فى التدخل فى نطاق التشريع كما قلنا مراراً وخاصة إذا كانت ولايتهم بالغلب والقوة والعنف دون أساس شرعى .

عودة أما جراح الخطأ فعقوبتها الدية أو الأرش أو الحكومة، وحكمها حكم القتل الخطأ، ومن ثم يجب - ٢٩٠ - فيها تطبيق نصوص قانون العقوبات وتطبيق نصوص الشريعة في وقت واحد.

الضرب الذي لا يترك أثرا : تعاقب الشريعة على الضرب الذي لا يترك أثرا بالتعزير. ولما كانت العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات هي عقوبات تعزيرية فإن نصوص قانون العقوبات لن تعطل في هذه الحالة .

١٩٩ - ثالثا : في جرائم التعزير: علمنا مما سبق (١) أن الشريعة الإسلامية لم تنص على كل جرائم التعازير ولم تحددها كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وأما نصت على بعض جرائم التعازير وتركت القسم الأكبر منها لأولى الأمر، وجعلت لهم أن يحرموا إتيان بعض الأفعال أو يوجبوا إتيان بعض الأفعال - ٢٩١ -، بقصد صيانة الجماعة وتنظيمها، والمحافظة على أمنها ونظامها، ويشترط ألا يخرجوا فيما يحرمون فعله أو يوجبون فعله على نصوص الشريعة، أو مبادئها العامة، أو روحها التشريعية .

الصدر تعليق "رقم - ٢٩٠ -" : المراد إمكان انطباق قانون العقوبات على أحكام الشريعة لأن ماتفرضه القوانين الوضعية يكون من مصاديق التعزير المشروع في الشريعة الإسلامية، ولكنك عرفت قريبا أنه ليس في الخطأ الخفض تعزير إلا في بعض الموارد التي أشرنا إليها سابقا .

الشاوي رأينا في "تعليق - ٢٩٠ -" : نراه يقترب من رأى فقيهنا عندما يقر بإمكان إدماج قانون العقوبات الوضعي بشروط، ولكننا لا نوافق على ذلك إلا إذا غددنا أنه يقصد فقط القاضى المجتهد الذى اختار الجزاء فى حدود سلطته الواسعة فى التعزير شرعا كوسيلة للإصلاح، وفى عهدنا الحاضر يكون ذلك من اختصاص أهل الاجتهاد والإجماع .

الصدر تعليق "رقم - ٢٩١ -" : فى زمان محدد، إذ ليس لولى الأمر أن يشرع حكما دائما لا يوجد فى الشريعة الإسلامية .

الشاوي رأينا فى "تعليق - ٢٩١ -" : نشير إلى رأينا فى أن المقصود بولى الأمر كما بيناه فيما سبق أنهم أهل الاجتهاد أو الإجماع الشرعى، وإن كان تعليق السيد الصدر رقم - ٢٩١ - و - ٢٩٥ - لا يوضح ذلك، ومن حسن الحظ أن تعليقه رقم - ٢٩٣ - يؤيد رأينا .

(١) راجع الفقرة ٥١ و ٩٣ وما بعدها .

عوده والقاعدة العامة التي تأخذ بها الشريعة في العقاب على جرائم التعازير: أنها حددت مجموعة من العقوبات التعزيرية تبدأ بأخف العقوبات وتنتهي بأشدّها، وتركت للقاضي أن يختار من هذه المجموعة العقوبة أو العقوبات التي يراها ملائمة للجريمة والجرم - ٢٩٢ - .

وإذا كانت تلك هي القاعدة العامة التي سارت عليها الشريعة في جرائم التعازير التي نصت عليها، إلا أنه ليس في الشريعة ما يلزم أولى الأمر بالسير على هذه القاعدة في الجرائم التي تركت لهم الشريعة تحديدها، بل ليس في الشريعة ما يمنع أولى الأمر - ٢٩٣ - من أن يجعلوا لكل جريمة تعزيرية حرمتها الشريعة أو حرمتها أولو الأمر، عقوبة معينة يلزم القاضي توقيعها إذا ثبتت الجريمة، أو يجعلوا لكل جريمة عقوبتين يختار القاضي إحداهما. كذلك ليس في الشريعة ما يمنع أولى الأمر من تعيين الحد الأدنى للعقوبة - ٢٩٤ -، بحيث لا يستطيع القاضي أن يزل عنه، وهذا الذي لا تمنع منه الشريعة هو الذي عمل به في قوانين العقوبات .

المصدر تعليق "رقم - ٢٩٢ -": شرط ألا تصل إلى درجة الحد بنظر بعض فقهاء المسلمين كما مر علينا ذلك سابقا .

الشاوي رأينا في "تعلق - ٢٩٢ -": تشير إلى أننا نزيد القول الذي يشير إليه بأن التعزير لا يجوز أن يصل إلى عقوبة الحد، ونحدد تحفظنا على ما سار عليه الاثنان من وصف التعزير بأنه عقوبة دائما، لأننا قلنا مرارا إنه يشمل تدابير الرقابة خارج نطاق العقوبات .

المصدر تعليق "رقم - ٢٩٣ -": ظاهر الأدلة الشرعية أن تحديد مقدار التعزير وكيفية إنفاذه هو بيد القاضي الشرعي لا بيد أولى الأمر، إلا أن يكون تعيين أولى الأمر للعقوبة إنفاذ هو لاستلزمات نظر القاضي إلى العقوبة التي ينبغي له اختيارها، ولكن القاضي لا يكون ملزما باختيار ما عينه له أولو الأمر أو باختيار أحد الفردين اللذين جعلنا من أولى الأمر .

المصدر تعليق "رقم - ٢٩٤ -": في ظرف خاص إذ ليس لأولى الأمر تشريع حكم دائم لا دليل عليه من نصوص الشريعة .

الشاوي رأينا في "التعليقات أرقام - ٢٩١ - إلى - ٢٩٤ -": يستفاد منها أن ما يقرره أهل الاجتهاد في زمن معين لا يلزم أهل الاجتهاد الذين يأتون بعدهم، لأن الاجتهاد يمكن تغييره دائما باجتهاد آخر سواء كان معاصرا له أو لاحقا عليه - على أساس أن أهل الاجتهاد هم "أولو الأمر" في التشريع والتعزير كما قدمنا .

عوده

ولما كانت نصوص قانون العقوبات واللوائح والقرارات التي تعين الجرائم وتعاقب عليها قد وضعت بمعرفة أولى الأمر-٢٩٥-، فإن الجرائم التي تنص عليها تعد طبقاً للشرعية جرائم تعزيرية، كلما كانت متفقة مع نصوص الشرعية أو غير خارجة على مبادئها العامة وروحها التشريعية .

ويلاحظ أن القوانين الجنائية وضعت في البلاد الإسلامية دون أن يراعى واضعوها نصوص الشرعية، بل إنهم تعمدوا إغفال النصوص الشرعية إغفالاً تاماً، وبهذا خرج أولو الأمر عن حدود وظيفتهم-٢٩٦-، وهذا الخروج إذا كان لا يؤدي إلى بطلان كل عملهم، فإنه يؤدي إلى بطلان كل ما يصدر عنهم مخالفاً للشرعية .

وقد ترتب على إغفال أولى الأمر لنصوص الشرعية من ناحية، وعلى ما فهم من حق التشريع من ناحية أخرى-٢٩٧-، أن أصبح لدينا ثلاثة أنواع من جرائم التعازير:

النوع الأول : جرائم نصت عليها الشرعية ولم تنص عليها القوانين واللوائح، مثل جرعة أكل الميتة والدم ولحم الخنزير، وجرعة البيوع الربوية، والامتناع عن إخراج الزكاة، ومخالفة أحكام العدة، ومخالفة الهيئات المشروعة للعبادات كالجهير في صلاة الأسرار، والإسرار في صلاة الجهر، وكالزيادة في الصلاة .

تعليق "رقم-٢٩٥-" : مر علينا الكلام في ذلك قريبا .

الصدر

تعليق "رقم-٢٩٦-" : بل خرجوا عن صلاحيتهم للتقنين أيضاً، فلا يجب الالتزام بكل

الصدر

ما يصدر منهم وإن كان موافقاً للشرعية .

تعليق "رقم-٢٩٧-" : مر علينا قريبا أقم خرجوا بمخالفتهم الشرعية عن استحقاق

الصدر

التشريع وصلاحيتهم لذلك .

رأينا في "التعليقات أرقام-٢٩٥- إلى -٢٩٧-" : فيها تحفظ نؤيده بشأن الحكم في حالة

الشأوى

خروج بعض الحكام عن صلاحيتهم، مع ملاحظة أن هذه المشكلة مازالت قائمة في الفقه الدستوري الوضعي كذلك، حيث إن الحكومات والسلطات الواقعية أو الفعلية (التي ليس لها أساس دستوري أو شرعي) مثل الحكومات الاستعمارية أو الانقلابية، يرى كثيرون من شراح القوانين الدستوري الوضعي المعاصر - أن قراراتهم تكون نافذة إلى أن تلغى سلطة دستورية فيما بعد - ونفاذها ويقاؤها إلى أن تلغى معنى على أساس أن مصلحة المجتمع تقتضي قدراً من الاستقرار لا يسمح بإبطال جميع مآثره سلطات الغصب وحكومات البغي مثل السلطات الاستعمارية ومن يستولون على الولاية بالانقلاب والقرعة دون أساس دستوري ولا شرعي كما يلاحظ أن كثيراً من هذه المقررات كان لازماً ومفيداً للمجتمع، ولذلك يجب بقاؤه إلى أن يلغى أو يحل محله غيره .

النوع الثاني: جرائم نصت عليها الشريعة ونصت عليها القوانين واللوائح. وهذه الجرائم قسمان : قسم لا يختلف فيه الشريعة عن القوانين كجرائم تطفيف الكيل والوزن وخيانة الأمانة والرشوة، وقسم يختلف فيه الشريعة عن القانون كجريمة الربا، فالشريعة تعاقب على الربا في كل صورته، أما القانون فلا يعاقب إلا على الربا الفاحش بشروط وقيود خاصة، وكجرائم المقامرة والمراهنة، فإن الشريعة تحرمها تحريماً مطلقاً، بينما تحرمها القوانين في حالات خاصة .

النوع الثالث : جرائم نصت عليها القوانين واللوائح ولم تنص عليها الشريعة، وهذه الجرائم قسمان : قسم يقوم على مبادئ تتفق مع مبادئ الشريعة العامة - ٢٩٨ - وروحها التشريعية، كمخالفات السيارات والتعليم، ومثل الأفعال التي قصد من تحريمها تنظيم الجماعة، كقوانين تنظيم المهن، أو التي قصد من تحريمها تحقيق مصلحة عامة، كمكافحة الآفات والأمراض. وقسم يقوم على مبادئ تخالف نصوص الشريعة وتتنافى مع مبادئها العامة وروحها التشريعية، ومن الأمثلة على ذلك : الجرائم التي نصت عليها لائحة بيوت الدعارة، فالمبدأ الذي قامت عليه هذه اللائحة هو إباحة الزنا والترخيص به رسمياً، وقد وضعت اللائحة لتنظيم مبدأ الإباحة، بينما الشريعة تحرم الزنا في كل صورته تحريماً مطلقاً. ومن أمثلة هذا القسم : الجرائم التي نصت عليها القوانين التي تنظم تقطير الخمر وبيعها وتقدمها، فإن المبدأ الذي تقوم عليه هذه القوانين هو إباحة شرب الخمر وقد وجدت هذه القوانين لتنظيم هذا المبدأ، بينما الشريعة تحرم شرب الخمر تحريماً عاماً.

تعليق "رقم-٢٩٨-": فإن الشريعة تهم بكل ما يمنع من إتلاف النفس ورفع الجهل ومكافحة الآفات والأمراض. وأما قوانين تنظيم المهن، فإن كان المراد منها منع الغلاء والاحتكار أو منع الفسة بين أصحاب المهن فهذا مما يوافق الشريعة لأنها تهم بمنع الاحتكار والغلاء ومنع ما يوجب الفسة والمشاغبة، وإن كان المراد منها أموراً أخرى فهي خارجة عن مبادئ الشريعة الإسلامية .

وأما في "تعليق-٢٩٨-": الأمثلة التي ذكر أن الشريعة تهم بها (منع إتلاف النفس ورفع الجهل ومكافحة الآفات والأمراض ومنع الغلاء والاحتكار - ومنع ما يوجب الفسة) ... هي في نظري نموذج للنظريات التشريعية التي يجب علينا البحث عن أصولها في نصوص الكتاب والسنة - ومقاصد الشريعة - وهذا يؤكد ما نقوله من أننا في عصر أصبح فيه التنظير واجباً وهذا أفضل مما يفهم من أقوال فقيها في من وصف كل القوانين الوضعية التي ذكرها بأنها تعازير من النوع الثالث - دون حاجة لتأصيلها في الشريعة .

يجب علينا أن نؤكد رأينا في الاعتراض على قول فقيها بأن القاضى لا يجوز له أن يأخذ بعين الاهتمام الظروف المخففة إلا في التعازير، وأنها لا محل لها في نظره في الحدود والقصاص. ويؤكد رأينا أنه بعد أن كرر القول الذى أبداه سابقا فى أن القصاص واجب سواء كانت هناك ظروف مخففة أو لم تكن، عاد فى نفس الوقت للقول بأن عفو الجنى عليه (أو ولى الدم) يمكن عدّه ظرفا قضائيا مخففا يؤدى إلى تخفيف العقوبة أو استبدال غيرها بها وأن ذلك هو رأى الإمام مالك⁽¹⁾. ونرى أن مذهب الإمام مالك فى وجوب التعزير فى جرائم القصاص والدية فى حالة العفو (قياسا على جرائم الحدود) أكثر اتفاقا مع رأينا بأن التعزير هو الأصل فى جميع الجرائم، وهو أكثر اتفاقا مع المنطق والمصلحة من رأى الأئمة الذين يفرقون بين جرائم الحدود وجرائم القصاص. ورأى الإمام مالك فى نظرنا أكثر اتفاقا مع اتجاه الشريعة الإسلامية إلى تشديد العقوبات على مرتكبى جرائم الاعتداء على سلامة الجسم وحياة الأفراد وحقوقهم الإنسانية، وأولها حقهم فى الحياة وسلامة أبدانهم. لكننا نضيف قولنا بعدم جواز إضافة التعزير إلى عقوبة الحد إلا فى حدود التدابير الوقائية التى تدخل ضمن التعازير فى نظرنا.

ونحن نلقت النظر إلى ما بذله الشهيد من جهد للاتجاه نحو التكامل بين القوانين الوضعية والأحكام الشرعية بصدد عقوبة القتل شبه العمد أو الخطأ؛ ونرى أن ذلك يؤيد ما ذهبنا إليه فى عدم بطلان القوانين الوضعية التى تفرض عقوبات عدّها تعزيرية فى جرائم الحدود أو القصاص برغم أنها لا تنص على العقوبات المقررة (الحدود والقصاص). لقد حرص على حصر النتائج المترتبة على قوله بضرورة التزام القضاة فى النظم التشريعية الوضعية بالتكامل بين الشريعة والقوانين الوضعية سواء فى نطاق عقوبات الحدود أو القصاص أو التعازير، ليثبت أن الخلافات محدودة فى نطاق ضيق؛ وأن من الممكن أو الواجب إقرار التكامل بين هذه القوانين وأحكام الفقه الإسلامى فى هذه المجالات. ونحن نقدر له علمه وإيمانه بالنتائج التى توصل إليها، وهى التزام القضاة بتطبيق العقوبات الشرعية التى عطلتها الدولة مع عقوبات القوانين الوضعية.

(1) أول البند (198).

❁ لا نوافق على قوله إن التشريع الجنائي الوضعي يمكن غده تعزيرات

أما نحن، فإننا نرى الآن أن الصحو الشعية المطالبة بتطبيق الشريعة الإسلامية إنما تهدف إلى تطهير الساحة من القوانين الوضعية المستوردة سيئة السمعة، ووضع حد لإسراف الحكام في إصدار قوانين تفرض عقوبات جنائية تزداد وتوالى وتتكاثر للاحتفاظ بالسلطة واحتكارها بصورة دفعت العامة والجماهير إلى مزيد من التأيد للمطالبة بتطبيق الشريعة، لأنها في نظرهم هي القادرة على وقف تيار الحكم الشمولى وتحرير المجتمع وتطهيره من طوفان هذه القوانين الباغية سيئة السمعة .

هذا التيار الشعبي يوجب علينا الآن أن نؤكد أن هذا التكامل الذى دافع عنه لم يعد ممكنا ولا مجدياً؛ لأن تدخل الدولة ومن يتولون السلطة في نطاق التشريع وغلوهم في إصدار القوانين الجنائية الوضعية لإرهاب من يعارضهم أو يقاوم بغيتهم هو في ذاته مخالف لأصل مهم من أصول شريعتنا، وهو استقلال الشريعة عن سلطات الدولة وسيادتها على المجتمع والتزام كل من يمارس السلطة السياسية (بالحق أو بالباطل) بعدم التدخل في مجال التشريع، الذى هو في شريعتنا له مصادر إلهية يكملها علم وفقه يتولاه علماء ومفكرون مستقلون مختارهم الأمة ويمثلونها في نطاق التشريع، الذى لا يجوز أن يتخذه من يمارسون السلطة سلاحاً لبقائهم فيها واحتكارهم لها وحرمان الأمة من حقها في أن تختار من يمارسون الاجتهاد والإجماع نيابة عنها من علمائها الذين تنق فيهم وتختارهم بحرية كاملة؛ ويشترط فيهم دائماً ألا يكونوا من الرؤساء السياسيين ولا من أعوانهم من فقهاء السلاطين ... لأنها تعتقد أن الفقهاء المستقلين عن الدولة قادرين على حماية الشعوب والأفراد من بغي الحكام وطفياهم الذى يمارسونه معتمدين على النظم المستوردة التى تعطيه الحق في التشريع "الوضعي"، بحجة أن القانون من صنع الدولة ومن يتولون السلطة فيها (بالحق أو بالباطل)، وهو ما لا تفرق شريعتنا التى تمتاز باستقلالها عن الدولة وحرمان الدولة من سلطة التشريع .

إن وجهة نظرنا هي أننا ندافع عن مبادئ أساسية تتعارض مع خطة التوقيع في القوانين الوضعية؛ ونرى أنه لا بد من إقامة هيئات تشريعية علمية مستقلة تمارس الاجتهاد والإجماع على الأساس الذى تتميز به الشريعة عن النظم الوضعية المستوردة، وهو مبدأ عدم تدخل الدولة وسلطانها في التشريع لتكون الدولة وجميع سلطاتها خاضعة له وملزمة بأحكامها، لا صانعة للقوانين ولا متحركة فيها مما يحول القوانين إلى أداة لصالح من يتولون السلطة مهما تكن الطريقة التى أوصلتهم إليها؛ وتمكن البعض من أن يتخذوا القوانين الوضعية (التي يضعونها باسم الدولة) أداة لتعطيل حرية الشعوب في اختيار نظمها وحكامها ومن يمثلونها سواء في مجال التنفيذ والسياسة أو في مجال الفقه والتشريع

مع استقلال كل من هذين المجالين حتى لا يكون الجمع بينهما وسيلة للحكم الشمولى الذى يؤدى إلى حرمان الأفراد من ضمانات حرياتهم وحقوقهم الإنسانية كما رأينا عملا فى جميع النظم الشمولية.

إن دعوته للتكامل كان أولى بها أن تلقى ترحيبا من صانعى القانون الوضعى الذين لا يعرفون فقهما وشريعتنا ولا يقدر وهما، ومع ذلك فإن هذا الاتجاه التوفيقى والتكاملى لم يمنعهم من قتله ظلما وعدوانا .

والآن، أصبحت القضية فى يد الشعوب والجماعات التى اختارت المطالبة بالشرعية وتأييد هذه الشعارات كلما أتيح لها حرية الاختيار وأعيد لها حقها فى تقرير مصيرها ونظمها بانتخابات حرة .

* * *

إن الشعوب اقتنعت بأن القضية هى قضية النظام السياسى؛ وليست كما تصورها فقيهما قضية قضاء نطالبه بأن يصحح وضعه تشريعيًا منحرفًا لا مسئولية له فيه؛ ولذلك لا نوافق على قوله بأن الأمر فى يد القضاة وأنها نطالبهم بتصحيح القوانين الوضعية التى تلزمهم الدولة بتطبيقها؛ لأن ذلك غير ممكن فى نظرنا ولو صاغ الأمر بدعوتهم إلى "تكميلها" بأحكام التشريع الجنائى الإسلامى .

إن هذه التكملة التى يدعو إليها قد حصرها فى الالتزام بتطبيق عقوبات الحدود والقصاص؛ ظنًا منه أن "القوانين الجنائية الوضعية" يمكن للقضاة عُدّها تعازير؛ وهى ليست كذلك فى نظر من فرضوها، لأننا أكدنا مرارا أن تقنين التعازير الشرعية يجب أن يكون أساسه استنباط الأحكام من مصادر التشريع الإلهى فى الكتاب والسنة أو النظريات والمبادئ التى تستمد منها، والفقه والعلم هو الذى يلتزم بكل ذلك، لأن للشرعية نظامًا قانونيًا مستقلًا متميزًا يجب احترامه والاعتزاز به، مما يتعارض مع القوانين الوضعية القائمة على فرض النظريات والأحكام المستوردة من الخارج التى تختلف عن فقهما وعلمنا فى منابعها وأصولها، كما قال السنهورى ذلك رغم أنه من أساطين الفقه العصرى ومشرعى المجموعات القانونية الوضعية .

٤٠٠ مدى حقوق أدلى الأسر في التحريم والعقاب : قلنا فيما سبق إن أولى الأمر أغفلوا نصوص الشريعة الإسلامية إغفالا تاما حين وضعوا قانون العقوبات والقوانين واللوائح الملحقة به. ونستطيع أن نستدل على هذا الإغفال في مصر، بأن الشارع المصري نص في لائحة ترتيب المحاكم على أن لاجرمية ولا عقوبة بلا نص، وكرر هذا النص عند إصدار الدستور المصري حيث ضمنه إياه^(١). وجمع الشارع الجرائم والعقوبات، والقواعد العامة للجريمة والعقاب في كتاب واحد سماه قانون العقوبات، أصدره وأوجب العمل به، وجعل لكل جريمة عقوبة أو اثنتين على الأكثر، وجعل للعقوبة حدا أدنى وحدا أعلى ليس للقاضي أن يتجاوزها، ومنع إيقاف تنفيذ العقوبة إلا بتوافر شروط معينة. وقد قصد الشارع المصري من كل هذا ألا يعاقب إلا على مائنص عليه، هو من الأفعال المحرمة في الحدود التي حددها، وبالعقوبات التي عينها، وعَدَّ كل ماعدا ذلك من الأفعال مباحا ولو كانت الشريعة تنص صراحة على تحريمه والعقاب عليه، كالربا فالشريعة تحرمه في كل أنواعه وصوره وأيا كان مقداره، أما القانون فلا يحرم الربا إلا في صور خاصة، وبشروط معينة. وكتحريم الميتة والدم ولحم الخنزير، فالشريعة تحرم تناول هذه الأشياء وتعاقب على تناولها، والقانون لا يحرمها ولا يعاقب عليها. وبالإجمال، فإن الشارع أهمل النصوص الشرعية ولم يقم على تنفيذها، واكتفى بإقامة مائنص عليه في قانون العقوبات وما ألحق به من قوانين ولوائح.

هذا هو الذي فعله الشارع في مصر، وقد فعل مثله في غير مصر من البلاد الإسلامية، فهل في قواعد الشريعة ما يبرز فعل الشارع؟ وإلى أي حد يمكن أن يوصف عمله بالصحة أو البطلان؟ وسنستطيع الإجابة عن هذا السؤال إذا عرفنا حقوق ولى الأمر في الشريعة، ومدى هذه الحقوق. ومن المسلم به في الشريعة، أن لولى الأمر في تعيين الجرائم والعقاب عليها ثلاثة حقوق.

(١) نص الدستور المصري على أنه لاجرمية ولا عقوبة بلا نص، متأثرا في ذلك بالدساتير الأوروبية، ولا شك في أن واضعي الدستور قصدوا من هذا النص ما قصدوه واضعو الدساتير الأوروبية، أي قصدوا ألا يعترفوا إلا بالجرائم والعقوبات المنصوص عليها في القوانين الوضعية. لكن هذا النص المصري يتضارب مع نص أساسي من نصوص الدستور المصري، وهو النص الذي يقضى بأن دين الدولة الرسمي هو الإسلام؛ لأن التزام الدولة الإسلام ديناً لها معناه التزامها الشريعة الإسلامية شريعة لها، إذ الشريعة الإسلامية هي مجموعة القواعد التشريعية التي جاء بها الإسلام وأوجبها. فإذا فسرنا النص الأول كما يفسر في الدساتير الأوروبية، كان معنى ذلك إهمال النص الثاني وإبطاله وعدم الاعتراف بالإسلام والشريعة الإسلامية، وإذا أوجبت العمل بالنص الثاني بحيان أنه أساسي يقوم عليه كيان الدولة ونظامها العام، وجب أن تفسر النص الأول التفسير الذي يرفع التناقض بأن نقول إنه يسرى على الجرائم التي نصت عليها الشريعة والقوانين معاً.

٢٠١- الحق الأول : حق التحريم والإيجاب والعقاب : لولى الأمر أن يحرم -٢٩٩- إتيان أفعال معينة أو يوجب إتيان أفعال معينة، وأن يعاقب على مخالفة الأمر الذى حرم الفعل أو أوجبه. وإذا كان لولى الأمر حق العقاب فله أن يعاقب على الجريمة بعقوبة واحدة أو بأكثر، وأن يحدد مبدأ العقوبة ونهايتها. وولى الأمر مقيد فى استعمال هذا الحق بعدم الخروج على نصوص الشريعة، أو مبادئها العامة، أو روحها التشريعية، وبأن يكون قصده فى التحريم والإيجاب والعقاب تحقيق مصلحة عامة، أو دفع مضرة أو مفسدة. وعلى هذا، فعمل ولى الأمر صحيح كلما كان فى حدود حقه، فإن خرج عن هذه الحدود فهو باطل فيما خرج فيه عن حدود حقه وصحيح فيما عدا ذلك. فليس لولى الأمر أن يهمل نصوص الشريعة، أو أن يمنع تطبيقها، فإن فعل فعله باطل. وإذن، فالجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين يجب العقاب عليها كلما ارتكبت؛ لأن النصوص التى حرمتها لم تتسخ وليس لولى الأمر حق نسخها. والجرائم التى نصت عليها الشريعة والقوانين يؤخذ فيها دائماً بحكم الشريعة كلما اختلفت مع القانون؛ لأن كل نص قانونى يخالف الشريعة باطل فيما جاء به من خلاف. أما الجرائم التى تنفق فى أحكامها الشريعة والقانون، فيؤخذ فيها بحكم القانون؛ لا لأنه حكم القانون، بل لأنه حكم الشريعة. أما الجرائم التى نصت عليها القوانين ولم تنص عليها الشريعة، فيؤخذ فيها بحكم القانون-٣٠٠-، مادام أنه ليس خارجاً على مبادئ الشريعة العامة، وروحها التشريعية، فإن خرج عليها بطل حكمه ولم يعمل به.

٢٠٢- الحق الثانى : حق تخصيص القضاء : لولى الأمر أن يخصص القضاء فيجعل الفصل فى الجرائم لقضاة معينين، ويجعل لبعضهم الفصل فى جرائم بعينها، وللبعض الآخر النظر فى بقية الجرائم، أو يجعل للبعض حق توقيع عقوبات معينة، وللبعض الآخر حق توقيع بقية العقوبات.

وحق ولى الأمر فى تخصيص القضاء مقيد بعدم الخروج على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة، وروحها التشريعية، فإن خرج عن هذه الحدود فأمره باطل لايقيد القضاء، ولا يمنعهم من النظر فيما حرمه عليهم الأمر الباطل. فمثلاً لولى الأمر أن يخصص قاضياً معيناً بنظر جريمة السرقة، وآخر بنظر جريمة القتل، ولكن ليس له أن يمنع القضاة من نظر هذه الجرائم أو من نظر جرائم آكل الميتة، أو شرب الخمر، أو الردة أو منع الزكاة. ولولى الأمر أن يخصص قاضياً لنظر جرائم الربا أو المقامرة والمراهنة، ولكن ليس له أن يمنع القاضى من نظرها على الوجه الذى حرمته الشريعة.

تعليق "رقم-٢٩٩-": فى زمان معين، وهكذا الإيجاب والعقاب .

تعليق "رقم-٣٠٠-": إن كان القانون قد شرع من قبل ولى الأمر الذى تجب طاعته.

المصدر

المصدر

عوده

أن يحدد العقوبات-٣٠١- التي يملك القاضي توقيعها في جرائم التعازير، ويلزمه ألا يوقع غيرها، ولكن ليس له أن يلزمه توقيع عقوبات غير العقوبات الشرعية في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية. ويُعدُّ القاضي مختصاً بنظر الجريمة إذا كانت مما نصت عليه الشريعة ولم ينص عليها القانون، مادامت عقوباتها تماثل العقوبات المفروضة على الجرائم التي خص قانوناً بنظرها، ولا عبرة بسكوت ولي الأمر عن هذه الجرائم، لأن الشريعة نصت عليها وأوجبت عقاب مرتكبيها، ولأن الشريعة لا تبيح بحال لولي الأمر أن يعطل نصوصها، فإذا عطّلها لم يكن للقضاء أن يسايره، وكان على القاضي أن يطبق نصوص الشريعة، ويحكم بالعقوبة التي قررتها الشريعة مادام مختصاً بتوقيع مثل هذه العقوبة أو بنظر مثل تلك الجريمة المعطلة.

ويُعدُّ القاضي مختصاً بنظر الجريمة طبقاً لما نصت عليه الشريعة إذا كان القانون قد نص عليها على وجه يخالف أحكام الشريعة. والعلة في اختصاص القاضي هنا هي نفس العلة في اختصاصه بالجرائم التي أهملها القانون ولم ينص عليها. وإذا كانت الجريمة مما نص عليه القانون دون الشريعة؛ فالقاضي يختص بنظرها إذا لم يكن هناك خروج-٣٠٢- على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية؛

المصدر

تعليق "رقم-٣٠١-": مر علينا قريباً أن تحديد العقوبة من وظائف القاضي، وليست من وظائف ولي الأمر.

الشاوي

رأينا في "تعليق-٣٠١-": إن السيد الصدر يؤكد مقاله من قبل من عدم اختصاص رئيس الدولة الذي يصفه بأنه ولي الأمر، وهو وصف اعترضنا عليه لأن أولياء الأمر في التشريع كما قلنا مراراً هم أهل الاجتهاد أو ممثلو الأمة في الإجماع، وهو هنا يعترف للقاضي بالحق في تحديد "العقوبة"، ويجب أن نشير إلى مقاله مراراً من أن القاضي الذي يقصده هو فقط القاضي الاجتهاد، أما المقلد فإن واجبه أن يلزم برأى من يقلده من أئمة الاجتهاد، وهذا هو مايتفق مع قولنا إن أهل الاجتهاد اليوم هم الذين لهم الحق في تقنين التعازير وليسوا قضاتنا المقلدين.

المصدر

تعليق "رقم-٣٠٢-": بل بشرط أن يكون موافقاً لنصوص الشريعة ومبادئها وروحها، ولعل مراد المؤلف ذلك.

الشاوي

رأينا في "تعليق-٣٠٢-": إن قوله باسقاط أن يكون القانون الوضعي موافقاً لنصوص الشريعة ومبادئها وروحها، نضيف له قولنا بأن "الموافقة" لم تعد كافية في نظرنا لأننا قدما سابقاً أنه يجب أن يكون التشريع مستمداً من مبادئ الشريعة وروحها وبذلك يكون تقنيننا لفقهنا لا قانوناً مستورداً نكتفى بوصفه بأنه لا يخالف الشريعة أو أنه "موافق" لها... إلخ. والذي يستطيع أن يقوم بذلك هم أهل الاجتهاد لارؤساء الدول... الذين لا تتوافر فيهم أهلية الاجتهاد. والتعليقات التالية-٣٠٣- إلى-٣١٠- تزيد ذلك.

عوده

فإذا تحقق هذا الخروج، كان القاضى غير مختص بنظر الجريمة لأنه ليس له أن ينظر إلا مايتفق مع الشريعة، أو كان عليه أن يقضى بالبراءة لبطالان النص الذى حرم الفعل. وإذا كان من واجب القاضى شرعا أن يعاقب على كل جريمة تعزيرية نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون، فما هى العقوبة التى يجب على القاضى أن يطبقها فى هذه الحالة؟ وهل يعاقب بإحدى العقوبات المقررة فى قانون العقوبات، أم يعاقب بإحدى عقوبات التعزير التى قررهما الشريعة؟

وجواب هذا السؤال هو أن العقاب يجب أن يكون بإحدى العقوبات التعزيرية التى قررهما الشريعة؛ وأنه لايجوز للقاضى أن يعاقب على جريمة لم ينص عليها قانون العقوبات بإحدى العقوبات المنصوص عليها فى هذا القانون؛ لأن واضح هذا القانون جعل لكل جريمة نص عليها عقوبة معينة، ولكل عقوبة حداً بحيث تختلف العقوبات باختلاف الجرائم، ولم يضع عقوبات عامة لغير الجرائم التى نص عليها، فلا يمكن إذن أن تطبق نصوص قانون العقوبات على ما لم يفكر فيه واضع القانون، أو يدخله فى حسابه، وإنما يعاقب على هذه الجرائم بإحدى عقوبات التعزير التى قررهما الشريعة، أو بأكثر من عقوبة واحدة طبقاً لما يراه القاضى ملائماً لظروف الجريمة والجرم. ذلك أن الأصل فى الشريعة أن لجرائم التعازير مجموعة من العقوبات تتدرج من أتفه العقوبات إلى أشدها، والقاضى هو الذى يعين العقوبة التى تستحقها الجريمة بعد أن يطلع على ظروف الجريمة والجرم. وليس القاضى ملزماً بتوقيع عقوبة معينة لكل جريمة، وإنما له الخيار والتعيين، يختار من مجموعة العقوبات ويعين العقوبة التى يراها ملائمة. فإذا جاء ولى الأمر وقيد سلطة القاضى فى جرائم التعزير التى نص عليها، أو فى بعض الجرائم التى نصت عليها الشريعة ونص هو أيضاً عليها، فإن سلطة القاضى تظل على حالها فى الجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون؛ لأن الأصل هو توسيع سلطة القاضى، والتقييد جاء من جهة ولى الأمر فى جرائم معينة وعقوبات معينة. فتظل سلطة القاضى على حالها فيما لا قيد فيه، ويكون القيد فيما نص عليه ولى الأمر فقط. ومن ثم فللقاضى فى جرائم التعزير التى نصت عليها الشريعة دون القانون، أن يعاقب بالتوبيخ والتهديد والجلد والحبس والنفى والقتل والحبس إلى غير أمد معين، وغير ذلك من عقوبات التعزير، وللقاضى الجزئى أن يوقع العقوبات التعزيرية فيما عدا الحبس المؤبد أو غير المحدد المدة والقتل؛ لأن نية ولى الأمر - ٣٠٣ - ظاهرة فى قانون العقوبات فى أنه أراد أن يجعل هاتين العقوبتين من اختصاص محاكم الجنايات.

المصدر

تعليق "رقم ٣٠٣ -" : مر علينا مرارا أن مشرعى القوانين فى البلاد العربية ليسوا من أولى الأمر الذين يجب طاعتهم، وللقاضى أن يوقع جميع العقوبات. ولقد اشترط بعض فقهاء المسلمين ألا يصل التعزير إلى أحد الحدود الشرعية.

الشاوى

رأينا فى "تعليق ٣٠٣ -" : يكرر قوله فيما سبق وبيناً رأينا فى التعليق السابق وكذلك التعليقات ٣٠٤ -، ٣٠٥ -، ٣٠٦ -.

أما جرائم التعزير التي نص عليها القانون مخالفاً حكم الشريعة، فحكمها أن ما اتفق فيه القانون مع الشريعة طبقت عليه نصوص القانون-٣٠٤-، وما اختلف فيه القانون مع الشريعة عُدَّ غير منصوص عليه في القانون، وأخذ حكم الجرائم التعزيرية التي نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون. فصور الربا التي لم ينص عليها القانون يعاقب عليها بالعقوبات الشرعية، والصور التي نص عليها ولا يتفق نصه فيها مع نصوص الشريعة تأخذ نفس الحكم. أما الصور التي يتفق فيها القانون مع الشريعة فيعاقب عليها بالعقوبات القانونية-٣٠٥-.

٢٠٣- الحق الثالث: حق العفو: (١) من المسلم به في الشريعة أن لولي الأمر حق العفو في جرائم التعازير دون غيرها من الجرائم، فله أن يعفو عن الجريمة، وله أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها، وله حق العفو سواء في جرائم التعزير التي نصت عليها الشريعة، أو في الجرائم التي نص عليها هو. وحق ولي الأمر في العفو مقيد بالآل يكون مخالفاً لنصوص الشريعة، أو مبادئها العامة وروحها التشريعية، كما أنه مقيد بأن يقصد به تحقيق مصلحة عامة أو دفع مفسدة.

وإذا كان من حق ولي الأمر أن يعفو عن الجريمة، وأن يعفو عن العقوبة، فإن حقه في العفو لا يتولد إلا بتولد سببه، فلا يستطيع أن يعفو عن الجريمة إلا إذا وجدت الجريمة، ولا يستطيع أن يعفو عن العقوبة إلا إذا حكم بالعقوبة. فليس لولي الأمر إذن أن يعفو مقدماً عن الجرائم قبل وقوعها، أو عن العقوبات، قبل الحكم بها؛ لأن ذلك يُعَدُّ إباحة للأفعال المحرمة لأعفوا عن الجريمة أو العقوبة.

تعليق "رقم-٣٠٤-": لالكونه لما نص عليه القانون بل لكونه مما حكم به الشرع.

تعليق "رقم-٣٠٥-": لكونها من مصاديق العقوبات الشرعية.

وأما في "التعليقين-٣٠٤-، -٣٠٥-": يكرر قوله فيما سبق. ونحن نقدر له تكرار ملاحظته أن شرعية القوانين الوضعية متوقفة على شرعية السلطة التي أصدرتها. وكنا نود لو أنه أبدى رأيه صراحة في عدم جواز حساب عقوبات هذه القوانين تعزيرات لأنها لم تستمد من مصادر الشريعة وأصولها - وأما مستوردة من الخارج.

(١) راجع الفقرات من ٥٣٢ إلى ٥٣٥.

ولاشك في أن لولى الأمر أن يبيح الأفعال التي حرمها ابتداء-٣٠٦- إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة. والعلة في ذلك أن الشريعة أعطته حق التحريم إذا اقتضت التحريم مصلحة عامة، وإعطاء حق التحريم يقتضى إعطاء حق الإباحة إذا اقتضته مصلحة عامة أيضا، فمن استطاع أن يحرم استطاع أن يبيح، مادامت المصلحة العامة هي التي استوجبت التحريم أو الإباحة.

أما الأفعال التي حرمتها الشريعة ابتداء فليس لولى الأمر أن يبيحها إطلاقا؛ لأنه ليس هو الذى حرمها حتى يكون له أن يبيحها؛ ولأن الشريعة لم تجعل له في هذه الأفعال إلا حق العفو عن الجريمة أو العقوبة، فقد نصت الشريعة على المعاصي التي رأت تحريمها بصفة دائمة وحددها وأمرت بالعقاب عليها، ولكنها تركت لولى الأمر أن يعفو إذا رأى العفو خيرا من العقوبة، وأن يعاقب إذا رأى العقوبة خيرا من العفو، بل تركت له أن يعفو عن الجريمة، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها، فإذا عفا بعد وقوع الجريمة أو عفا بعد الحكم بالعقوبة وكانت المصلحة العامة تبرر هذا العفو فهو صحيح، أما العفو عن الجرائم قبل وقوعها فهو إباحة لها وليس عفوا عنها، ولا يملك لولى الأمر أن يحل ما حرمه الله، وأن يبيح ما لم يبيحه الله، فإذا فعل فعمله باطل ولا أثر له. والعلة في منع لولى الأمر من إباحة ما حرمته نصوص الشريعة هي أن لولى الأمر لو أعطى له هذا الحق لكانت نصوص الشريعة عبثا؛ لأن لولى الأمر يستطيع أن يعطلها في أى وقت شاء بما له من حق التحليل والتحريم.

وعلى هذا، لا يصح القول بأن الجرائم التي نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون تعدّ مباحة؛ لأن لولى الأمر ليس من حقه أن يبيح ما حرمته الشريعة. ولا يصح هذا القول أيضا فيما يختص بالجرائم التي نص عليها القانون مخالفا للشريعة. كذلك ليس لأولى الأمر إباحة الجرائم التي نصت عليها الشريعة ونص عليها القانون، ولكن لأولى الأمر أن يبيحوا ما حرموه-٣٠٧- هم ولم تحرمه الشريعة.

ونستطيع بعد بيان حق لولى الأمر في العفو أن نقول: إن الجرائم التي يحرمها لولى الأمر والعقوبات التي يفرضها على هذه الجرائم هي من حق لولى الأمر، فله أن يحرم اليوم، وله أن يبيح في الغد ما حرمه-٣٠٨- وله أن يعاقب على ما حرمه وأن يعفو عن الجريمة-٣٠٩-

الصدر

تعليق "رقم-٣٠٦-": مر علينا سابقا أنه ليس لولى الأمر أن يحرم ما أحله الله إلا في ظرف خاص لمصلحة ملزمة، ومع ارتفاع المصلحة التي أوجبت الحرمة ترتفع الحرمة، فلا مجال للقول بأنه يبيح بل يرفع فيه ويرجع إلى حكمه الأصلي وهو الإباحة.

الصدر

تعليق "رقم-٣٠٧-": بالمعنى الذى ذكرناه آنفا.

الصدر

تعليق "رقم-٣٠٨-": أى يرفع الحرمة فيرجع إلى حكمه الأصلي وهو الإباحة.

الصدر

تعليق "رقم-٣٠٩-": بمعنى أن يرفع حرمة فتخرج الجريمة عن كونها جريمة.

عوده كما يعفو عن العقوبة. ولا قيد على ولي الأمر في استعمال هذا الحق إلا أن يكون تصرفه متفقاً مع المصلحة العامة وبغرض تحقيق هذه المصلحة، أما الجرائم التي حرمتها الشريعة والعقوبات التي فرضتها فالأمر فيها جد مختلف، فكل فعل حرمه القرآن أو السنة فهو محرم ليس لكائن من كان أن يحله، وكل عقوبة فرضتها الشريعة في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية فهي عقوبة لازمة واجبة ليس لولي الأمر أن يهملها أو يعفو عنها - ٣١٠ - أما العقوبات التي فرضتها الشريعة لجرائم التعازير فهي وإن كانت لازمة وواجبة، إلا أن الشريعة أعطت لولي الأمر فيها أن يعفو عن العقوبة إذا كان العفو يحقق مصلحة عامة، وأن يعفو عن الجريمة إذا كان العفو يحقق هذه المصلحة، وله أن يقيد كل جريمة تعزيرية بعقوبة معينة من عقوبات التعازير أو يكثر من عقوبة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة، فحق ولي الأمر في الجرائم والعقوبات التي فرضتها الشريعة قاصر على تنظيم عقوبات التعزير، وحق العفو عنها وعن الجريمة التعزيرية.

ولقد بحث الفقهاء هذه المسألة فخرجوا من بحثها مجمعين على أن إقامة عقوبات الحدود واجبة على ولي الأمر، فإذا أهمل - ٣١١ - إقامتها كان من واجب كل فرد أن يقيمها

الصدر تعليق "رقم - ٣١٠ -": إلا في صورة التوبة بعد ثبوت البينة بالإقرار كما تقدم ذلك منا في أوائل الكتاب.

الشاوي رأينا في "التعليقات - ٣٠٦ - إلى - ٣١٠ -": تدور حول صلاحيات "ولي الأمر" - ويجب أن نذكر بأن المقصود هو من له ولاية شرعية صحيحة، أما غيره ممن يتولون السلطة على غير أساس شرعي فولايتهم "واقعية" فقط كما قدمنا سابقاً.

الصدر تعليق "رقم - ٣١١ -": ولي الأمر لا يخلو بنظر الشيعة الإمامية من أحد شخصين، إما إمام معصوم، وإما من يرأس الدولة الإسلامية حال عدم وجوده وغيبته. أما الإمام المعصوم فلا يتصور فيه إهمال حد من الحدود لأنه ينافي لفرض عصمته. نعم، قد يرى المصلحة في تأخير إقامة الحد ولي هذا الحال لا يصح لغيره أن يقيم الحد إلا بأمره، كما قد لا يتمكن من إقامة حد من حدود الله فيجوز لغيره إقامته بإذنه. وأما إذا كان ولي الأمر غير الإمام المعصوم كان يتوب عن الإمام حال عدم وجوده وغيبته، فإن احتمل أن تركه للحد لم يكن عن إهمال وإنما آخر لمصلحة اقتضت ذلك بنظره فلا يصح لغيره إقامته إلا بإذنه. وأما إذا علم أن تركه كان إهمالاً لواجبه فيسقط ولي الأمر عن مقامه ويجب على المسلمين تبديله بغيره، لأن من أهم شرائط ولي الأمر هو العدالة، ولأريب في سقوط عدالته بمجرد تركه حداً من حدود الله، ومع عدم إمكان عزله وتبديله فيجب على أي فرد من المسلمين إقامته كما أقام أمير المؤمنين (ع) الحد على أخ عثمان بن عفان حينما أهمل الخليفة إقامة الحد ولم يقمه على أخيه الوليد.

الشاوي رأينا في "تعليق - ٣١١ -": يوضح رأى الشيعة فيمن تكون له الولاية الشرعية الصحيحة في نظرهم، وقد ناقشنا آراءه في هذا الصدد فيما سبق.

أما إقامة الحد من الأفراد، فلا نوافق عليه مطلقاً كما سنبين ذلك عند دراسة "الإهدار".

عودة دون أن يُعَدَّ مرتكباً لجريمة، فإذا أقامها سقط الواجب بإقامتها عن غيره. ومعنى هذا أن الفقهاء يُعَدُّون إقامة الحدود من الفروض -٣١٢- التي تلزم جميع الأفراد حاكمين ومحكومين، ولا تسقط عنهم إلا إذا أقيمت، ولا يجوز فيها عفو ولا إرجاء. وأجمع الفقهاء أيضاً على أن العقوبات المقررة للجرائم القصاص والدية حكمها حكم الحدود، فهي واجبة الإقامة ما لم يعف المجنى عليه أو وليه عن العقوبة، فإذا أهمل ولي الأمر إقامتها كان للمجنى عليه أن يقتص لنفسه -٣١٣-، وكان لولي دم المجنى عليه أن يقتص من الجاني دون أن يُعَدَّ القصاص في هذه الحالة جريمة^(١). واتفق الفقهاء على أن ولي الأمر ليس له أن يحمل ماحرم الله، ولا أن يبيح ماأمر بمنعه أيا كان نوع العقوبة المقررة على الفعل المحرم. ولكنهم اختلفوا على إقامة عقوبات التعازير، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن إقامة عقوبات التعازير واجب على ولي الأمر -٣١٤- ليس له أن

الصدر تعليق "رقم-٣١٢-": بل من الفروض المختصة بالحاكم، ولا يصح لغيره إقامتها إلا في فرض نادر أشرنا إليه سابقاً.

الشواي رأينا في "تعليق-٣١٢-": يسرنا أن السيد الصدر قد أشار إلى أن إقامة الحد "من الفروض المختصة بالحاكم" ولا يصح لغيره إقامتها (إلا في فرض نادر)، وإن كان لم يشير إلى هذا الفرض النادر.

الصدر تعليق "رقم-٣١٣-": إلا إذا كان ولي الأمر هو الإمام المعصوم فلا يمكن أن يكون تركه أو تأخيره عن إهمال ولا بد أن يكون ذلك لمصلحة داعية لذلك، فلا يجوز لغيره الاقتصاص بدون رأيه إلا إذا فرض عجزه، فلولي الدم أن يقتص بعد الاستئذان منه.

الشواي رأينا في "تعليق-٣١٣-": اعترض السيد الصدر على قول فقيهما في المتن "بأن ولي الأمر إذا أهمل إقامة الحد فإن للمجنى عليه أن يقتص لنفسه من الجاني دون أن يكون ذلك جريمة"، لكنه بكل أسف قصر اعتراضه على حالة ما إذا كان ولي الأمر هو الإمام المعصوم كان هذه ميزة لا يشار كـ فيها غيره. وقد شرحنا رأينا بأن القصاص حق للقضاء وحده، ولا يجوز لأي فرد سواء كان المجنى عليه أو غيره أن يدعى لنفسه حق إقامة الحد أو القصاص...

كل ما هنالك أنه إذا فعل ذلك واعتدى على الجاني ظناً منه أن له حقاً في ذلك فلا يعاقب بالقصاص ولكن يبقى للقاضي الحق في تعزيره. لأن الفعل جريمة ولا نرى أنه يكون عملاً مباحاً وقد أشرنا لهذا الرأي في تعليقنا على البند-١٩٧- وسنعود إليه فيما بعد...

ونرى أن ذلك المقصود بقول فقيهما والسيد الصدر بأن الفرد الذي يقيم الحد أو القصاص في حالات الإهدار لا يُعَدَّ مرتكباً لجريمة حدية - لكنه يستحق التعزير في نظرنا دائماً.

الصدر تعليق "رقم-٣١٤-": إنما يجب على ولي الأمر إذا كانت المصلحة الملزمة توجب التعزير وإلا فهو بالخيار بين إقامته وترك إقامته.

(١) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤، الأم ج ٦ ص ١٧١، حاشية البنائي ج ٨ ص ١١٨، شرح فتح القدير

يتركه إلا إذا كان العفو خيرا من العقوبة، فإذا اقتضت المصلحة العامة أن يعفو عن جريمة بعد وقوعها أو عن عقوبة بعد الحكم بها، كان له أن يعفو. وأساس نظرية هؤلاء الفقهاء أن جرائم التعازير حُرمت وفُرِضت عليها العقوبات لمصلحة الجماعة، ولصيانة النظام العام الذي تقوم عليه الجماهير وهو الإسلام، ولما كان ولي الأمر هو ممثل الجماعة الذي أقامته لحفظ مصالحها وصيانة نظامها، فقد وجب عليه أن يعاقب على جرائم التعازير، وألا يهمل إقامة هذه العقوبات إلا إذا اقتضى صالح الجماعة أو نظامها العام العفو عن الجريمة أو العقوبة. ففي هذه الحالة يسقط عن عاتق ولي الأمر واجب إقامة العقوبة^(١).

ويرى الشافعي أن إقامة عقوبات التعازير حق لولي الأمر، وليست واجبا عليه، وأساس هذا الرأي أن لولي الأمر أن يعفو عن الجريمة، وأن يعفو عن العقوبة، فله إذن أن يعاقب وألا يعاقب، وكل ما يكون للإنسان أن يفعله أو يتركه فهو حقه وليس واجبا عليه^(٢).

ويلاحظ أن التسليم بنظرية الشافعي لا يؤدي بأي حال إلى تعطيل النصوص التي جاءت بجرائم التعازير؛ لأن الشافعي لم يقل بأن لولي الأمر أن يعطل نصوص الشريعة أو أن يبيح ما حرّمته الشريعة، إنما قال: إن لولي الأمر أن يعاقب أو أن يعفو. فالجريمة لا تزال في نظرية الشافعي جريمة، وما حرّمته الشريعة يحرم إتيانه. وإنما لولي الأمر بعد وقوع الجريمة أن يعاقب أو يعفو، واستعمال ولي الأمر لحقه في العقوبة أو العفو مقيد بصالح الجماعة ونظامها العام، الذي يقتضي العفو عن العقوبة تارة، ويقتضي تنفيذ العقوبة تارة، وليس لولي الأمر ألا يستجيب لمقتضيات المصلحة العامة أو النظام العام؛ لأنه لم يمنح حق العفو عن العقوبة أو إيقاعها إلا ليكون قادرا على تحقيق مصلحة الجماعة وتثبيت نظامها، ولم يول أمر الجماعة إلا لحماية صوالجها وحفظ نظامها.

والواقع أن الشافعي لم يقصد بنظريته أن يعطل نصوص الشريعة، أو أن يمنع العقاب على جرائم التعازير، وإنما قصد من وضع نظريته أن يقرر مسئولية الولاة عن ضمان ما يترتب على تنفيذ عقوبات التعازير، من موت أو قطع عضو أو تعطيل وما أشبه. ولا أدل على ذلك من أن فقهاء المذهب الشافعي يتكلمون عن هذه النظرية في باب ضمان المتلفات، ولا يذكرون عنها شيئا في باب التعزير، فهم يرون أن العقاب في التعازير من حق ولي الأمر لأن له أن يعفو وألا يعفو، وأن يختار عقوبة دون عقوبة. وما دام ولي الأمر غير ملزم بالعقاب وغير ملزم بعقوبات معينة، فهو مسئول عن

(١) حاشية البناي وشرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٦، ١١٥، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٤، ٦٣.

المغني ج ١٠ ص ٣٤٨.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢، ١٦٣.

عزده

ضمان ما يؤدي إليه العقاب من موت أو عجز أو تعطيل طرف أو قطعه؛ لأنه كان يستطيع أن يعاقب بغیر العقوبة التي أدت لهذه النتيجة، وكان يستطيع ألا يعاقب. فإذا اختار عقوبة معينة فادت إلى الموت مثلاً فهو مسئول عن ضمان ما حدث، لأنه كان يستعمل حقاً، والقاعدة في الشريعة أن استعمال الحق مقيد بشرط السلامة^(١) - ٣١٥ -.

فالشافعي حين قرر نظريته لم يرد أن يعطل نصوص الشريعة، أو يمنع العقاب على جرائم التعازير، وإنما قصد الوصول إلى نتيجة لاعلاقة لها بمهذين الأمرين، هي إلزام الولاية بضمان سرية عقوبات التعازير^(٢). فإذا استطعنا ألا ننسى هذه الاعتبارات، أمكننا أن نفهم نظريته على حقيقتها، وتبين لنا أن العقاب إذا كان حقاً لولى الأمر عند الشافعي، فإن ولى الأمر ليس له أن يعطله إلا تحقيقاً لمصلحة عامة. وهذه النظرية لا تكاد تختلف شيئاً في نتائجها العملية عن نظرية مالك وأبي حنيفة وأحمد التي تجعل لولى الأمر ألا يعاقب تحقيقاً لمصلحة عامة، وإن جعلت العقاب في الأصل واجباً. النظريتان لا تختلفان في نتيجتهما العملية من حيث توقيع العقوبة، وإن اختلفتا من الناحية الفقهية في تقرير مسئولية ولى الأمر عن سرية العقوبة.

المصدر

تعليق "رقم-٣١٥-": الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري إلى عدم الضمان لو أدى التعزير إلى التلف إذا رأى الحاكم أن المصلحة الملزمة تلزم بالتعزير الذي أمر به، وذهب بعض فقهاء المذهب الجعفري إلى الضمان في هذا القرض.

(١) الأم الجزء السادس ١٧١، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٢.

(٢) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٣.

في نظرنا أنه يحسن الإشارة إلى "أولياء الأمر" في التشريع بالجمع حتى لا يفهم أن من يسميه ولي الأمر في هذا الصدد هو رئيس الدولة. وقد سبق أن بينا أن الدولة كلها بما فيها رئيسها (سواء سُمي سلطاناً أو ملكاً أو رئيساً) وحكومتها، إنما هي مجرد أجهزة وهيئات مُلزَمة شرعاً بالخضوع للشرعية وتنفيذها؛ وليس لها أو لسلطانها أى حق في التشريع؛ لأن المشرع هو الله في كتابه الكريم وسنة رسوله الأمين، وقد أجاز للأمة بواسطة علمائها وأئمتها أن تكمل الأحكام الشرعية وتتميمها بالاجتهاد والإجماع. والقضاء في شريعتنا هو فرع من الفقه الشرعي وشريك في الاجتهاد، ولذلك فهو لا يَعدُّ من الأجهزة الإدارية للدولة؛ وأحكامه مثل أحكام الشرع كلها مُلزَمة للدولة ورئيسها وجميع "سلطانها". فإذا صحَّ عدُّ القضاة من أولياء الأمر، فإنما ذلك بقدر ما لهم من علم وفقه، وبقدر مساهمتهم في استنباط الأحكام بالاجتهاد... وهم يشاركون في الاجتهاد بقدر ما لديهم من علم وفقه والالتزام بمصادر الشريعة وأصولها.

وكل ما ينسب إلى "ولي الأمر" من حقوق في هذه البنود، إنما يستند إلى أقوال فقهاءنا السابقين. ويجب أن نراعى أن الفقه قرر هذه "الحقوق" لأولياء الأمر بحسب ما فهم مجتهدين، لأنهم كانوا يشترطون فيمن يرشح للخلافة أو الإمامة أو رئاسة الدولة الإسلامية أو القضاء أن يكون مجتهداً. فلا يجوز الاعتراف بهذه الحقوق لمن لا تتوافر فيهم هذه الصفة بعد أن أصبح رؤساء الدول عندنا غير مجتهدين منذ انتهى عهد الخلفاء الراشدين، ولذلك لا نعرف لهم يالقي في إقامة الحدود التي يختص بها القضاء الشرعي المستقل عن الدولة وحده.

إنه قد غاب على القانون الجنائي الوضعي أنه لم يفرض عقاباً جنائياً على بعض المعاصي الشرعية - مثل الربا أو الزنا - وهذا نقص يجب معالجته بالتقنين الشرعي، لكن لا يجوز مؤاخذه القانون الوضعي على التزامه بمبدأ أن الأصل في الأشياء الإباحة وأنه لاجرمة ولا عقوبة إلا بنص؛ لأن هذا من أهم أصول شريعتنا؛ ونرى وجوب الالتزام به عند إعداد التقنينات الشرعية التي يكون هدفها حصر الأفعال المعاقب عليها جنائياً وتحديد عقوبة كل منها؛ تطبيقاً للمبدأ الذي أفضنا وأفاض هو أيضاً في شرحه، ألا وهو مبدأ لاجرمة ولا عقوبة إلا بنص سابق على وقوع الفعل.

ولقد أشرنا من قبل إلى أنه لا يجوز عدُّ كل المعاصي جرائم جنائية، إلا إذا ورد في التقنين مقدماً نص يعاقب مرتكبيها بعقوبة جنائية؛ وهذا النص يضعه أهل الاجتهاد الذين يراعون ظروف الزمان والمكان ومقاصد الشارع الحكيم - فقد لا يرون أن يسووا بين الربا والزنا وما أشار إليه من "أكل الميتة والدم ولحم الخنزير" مثلاً أو غير ذلك من المعاصي التي يمكن أن يكتفوا بأن يفرض عليها تدابير أو تعازير وقائية؛ لأن التعازير ليس من الضروري أن تصل كلها إلى حد العقوبات الجنائية.

مجلس القضاء الأعلى هو الذى يقوم بتخصيص القضاة، ويمارس

اختصاصات قاضى القضاة، ويُعد جزءاً من أهل الاجتهاد .

إننا نقول إن حق التجريم والعقاب - أى تقنين التشريع الجنائي - لا تملكه الدولة ولا حكوماتها، وإنما يُرجع فيه إلى "أهل الاجتهاد" لأنهم أقدر على التمييز بين المعاصى التى تصل إلى مستوى "الجريمة" المعاقب عليها بعقوبة جنائية، والمعاصى التى تكفى لمقاومتها التدابير التربوية والتعديدية والإصلاحية أو الوقائية .

وكنا نود لو أنه عرض علينا الآراء المختلفة فى فقهاء بشأن حق تخصيص القضاة؛ وهل يرجع للدولة ورئيسها بحجة أنهم يعينون القضاة، أم أنه يرجع إلى "قاضى القضاة" الذى يمثله الآن المجلس الأعلى للقضاة، الذى يتولى رئاسة القضاة والإشراف على جميع شؤونهم حماية لاستقلالهم عن سلطات الدولة وهيئاتها التنفيذية. ورأينا هو أن مجلس القضاء الأعلى يجب أن يتكون من كبار رجال القضاة، وأن يكون مستقلاً، وأنه هو وحده الذى يملك تخصيص كل قاض وكل هيئة قضائية فى نطاق نوعى وإقليمى معين؛ وفى هذه الحالة، وبهذه الشروط يلتزم القضاء بهذا التخصيص، ولا يكون هناك داع لدعوة القاضى المقلد للخروج عن نطاق هذا التخصيص لأى سبب من الأسباب بحجة أنه يرى غير ما يراه مجلس القضاء الأعلى الذى حدد له اختصاصه .

وكما قدمنا فى كتابنا "فقه الشورى"، فإن مجلس القضاء الأعلى - الممثل للقضاء كمؤسسة شاملة لجميع درجاته - هو جزء من أهل الاجتهاد الذين يتولون عملية الاجتهاد والتقنين، كما أنهم يمثلون الأمة فى الإجماع وبخاصة الإجماع النسبى الذى نرى أنه الأداة الشرعية لإصدار التقنيات الشرعية (التي تقرها الأغلبية) لتكون ملزمة للجميع بلا استثناء، بمن فيهم القضاة وجميع أفراد المجتمع وأولهم الأقلية التى عارضت قرار الأغلبية.

كل ما يقوله فقهاء للقضاة بشأن التزامهم بأحكام الشريعة وما يسميه التكامل بين الأحكام الشرعية والوضعية، إنما هو فى نظرنا موجه لمجلس الاجتهاد الذى يتولى التقنين والذى يدخل ضمنه المجلس الأعلى للقضاة الذى يتولى التخصيص - كمؤسسة لا القضاة كأفراد - لأن ذلك لم يعد من حقهم بعد أن أصبحوا مقلدين لا مجتهدين وملتزمين بمبدأ تخصيص القضاء .

إن التناقض بين القانون الوضعي والتقنين الشرعي يجب إزالته عن طريق نزع ولاية التشريع من هيئات الدولة وسلطاتها والمسؤولين فيها، وحصره في الهيئات التي تتولى الاجتهاد والتقنين بتفويض من الأمة ونيابة عنها، لابدعوة القضاة لتطبيق أحكام الشريعة وعدم تطبيق القانون الوضعي مما يعطى الدولة فرصة للإلزامهم بأن يتركوا ساحة القضاء للمنافقين الذين لا يعرفون شيئا عن الشريعة ولا يلتزمون بسيادتها ولا يعرفون أحكامها ...
إننا نعتقد أن ما نقرحه هو التزام واضح وكامل بالمبادئ والنظريات العامة الشرعية الآتية:

1 - استقلال الشريعة عن الدولة وسلطاتها. ويترتب على ذلك عدم الاعتراف للدولة بسلطة تشريعية، سواء في ذلك رؤساؤها أو من يمارسون سلطاتها المختلفة. وكل ما يسمى الآن السلطة التشريعية في الدولة هو سلطة تنظيمية تماثل ما يعرف الآن بسلطة إصدار اللوائح، وتكون أنظمتها خاضعة لسيادة التشريع الإسلامي طالما كانت الدولة "إسلامية" أي كانت الصيغة التي تقرر بها هذه الصفة. أما إذا تنكرت الدولة لالتزامها بالشريعة، فإن الأمة هي التي تستطيع تصحيح ذلك وليس القاضي المعين من قبلها، والملتزم بمبدأ تخصيص القضاء.

2 - حق التقنين من اختصاص من يتولون "الاجتهاد" من العلماء والفقهاء وأهل الذكر من الاختصاصيين في الشؤون المختلفة (العسكرية والعلمية والاجتماعية ... إلخ)، ويشاركهم في ذلك مجلس القضاء الأعلى الممثل للسلطة القضائية كمؤسسة مستقلة عن الدولة، لأن القضاء في مجموعه كمؤسسة هو في نظرنا جزء من أهل الفقه وأهل الذكر الذين يساهمون في الاجتهاد الجماعي.

3 - تقنين التعازير يكون هو مصدر التجريم، تطبيقا لمبدأ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. ونحن نلتزم بمبدأ الإباحة الأصلية لكل فعل لا يوجد نص مقنن بتجريمه. ونرى أن التقنين يجب أن يشمل الحدود والقصاص، حتى لا يكون هناك خلاف في القضاء بشأن هذه العقوبات المقررة ونطاقها.

4 - ليس للقضاة المقلدين حق في التجريم، ولا لرؤساء الدول أو المسؤولين فيها، لأنهم جميعا ليسوا مجتهدين. وإذا وجد منهم من هو في مرتبة الاجتهاد (وهذا مستبعد حاليا) نرى أن الأولى أن يتفرغ للعلم وأن يتخلى عن كل منصب في الدولة ليكون ممثلا للأمة في عملية الاجتهاد، ويبقى في مستوى غيره من أهل العلم والاجتهاد، ولا يتمكن من فرض رأيه على الناس بحجة أنه يمثل الدولة أو أنه رئيسها أو أنه يتولى أي منصب من مناصبها (بما في ذلك منصب الإفتاء الذي هو مجرد منصب استشاري للحكومة التي تعين المفتي لذلك) ...

5 - مبدأ استقلال القضاء مكمل لمبدأ استقلال الشريعة، ومن مقتضياته ومستلزماته. وإن القضاء بكامله هو جزء من هيئة الاجتهاد ويمثله في ذلك رؤساؤه الذين يشكلون مجلس القضاء الأعلى. ويلزم لضمان هذا الاستقلال أن يكون هذا المجلس هو الذي يعين القضاة لا الحكومة ولا أى وزير أو مسئول فيها - "ولو كان رئيس الدولة" - هذا المجلس هو الذى له حق تخصيص القضاة وهو الذى يعينهم ويشرف عليهم، وهم يلتزمون بهذا التخصيص الصادر من المجلس الأعلى المشرف وحده على كل شئون القضاة من ترقية وتعيينات وتنقلات ومساءلة وتأديب . ولا مانع من أن تصدر القرارات من رئيس الدولة، ولكن بناء على اقتراح مجلس القضاء، وهذا هو ماتسبر عليه الدساتير العصرية .

6 - الاجتهاد فى عصرنا وجميع العصور القادمة لم يعد فردياً، وإنما هو جماعى يشارك فيه العلماء والفقهاء وأهل الذكر الذين تختارهم الأمة بالشورى الحرة سواء بالتشاور المرسل أو ضمن مؤسسة منظمة أو مجلس تختاره الأمة، دون تدخل من سلطات الدولة - على أن يوضح فى الدستور المؤهلات التى يجب أن تتوفر فى المرشحين لهذا المجلس حتى لا يتحول إلى مجلس سياسى، بل لا بد فى نظرنا أن يكون منفصلاً عن المجلس السياسى (سواء سمي مجلس الشعب أو أهل الحل والعقد الذين تختارهم الأمة بالشورى الحرة لممارسة الاختصاصات السياسية دون التشريع).

7 - الإجماع النسبى هو إصدار التقنين الذى أعده أهل الاجتهاد، ويصدر عن الأمة بالغالبية فى قرار بالشورى الحرة. ونقترح أن يكون إصدار التقنين بقرار من مجلس الاجتهاد، وإذا أصدره رئيس الدولة فيكون ذلك بناء على قرار من أهل الاجتهاد. ولا مانع من أن يشارك فى إصدار القرار أهل الحل والعقد الذين اختارهم الأمة بالشورى الحرة لممارسة السلطات السياسية، وهذا يكون التشريع كله صادراً عن ممثلى الأمة ومستقلاً عن الدولة ومهيئاً عليها، ولا يكون لها أو لأى من سلطاتها ممارسة سلطة التشريع ولا التدخل فى القضاء الذى هو جزء من الفقه .

8 - أعضاء مجلس الاجتهاد يختارون بالانتخاب الحر، وهم "أولياء الأمر" فى كل ما يتصل بالتشريع والقضاء. ولا يصح استعمال كلمة "ولى الأمر" بصورة تسمح بأن يكون المقصود منها رئيس الدولة الذى هو رئيس السلطة التنفيذية، ولا يحتاج فى ذلك بما قاله السلف بشأن الخليفة أو الإمام لأنهم كانوا يشترطون فىمن يصلح للخلافة أو الإمامة (أى رئاسة الدولة الإسلامية) أن يكون قد بلغ مرتبة الاجتهاد ولم يعد ذلك ممكناً بعد قفل باب الاجتهاد الفردى. وقد أضفنا لذلك رأينا بأنه فى عصرنا الحاضر والمستقبل لو فرض

ووجد من وصل هذه المرتبة من علماء عصرنا أو العصور القادمة، فمن الأفضل ألا يتولى رئاسة الدولة لأن ذلك قد يغريه بأن يفرض رأيه أو فتواه على الناس ويحرم غيره من أهل الاجتهاد من إبداء آرائهم - وهو ما حذر منه فقهاؤنا ولا يقره الفقه منذ عهد الخلفاء الراشدين .

9 - مجلس الاجتهاد يشارك فيه مجلس القضاء الأعلى، وهو الذى له ولاية التعزير بما فى ذلك تحديد العقوبات أو التدابير التى يمكن الحكم بها فى كل معصية أو جريمة، وليس ذلك للقاضى المقلد إلا فى الحدود التى ينص عليها فى التقنين. ولا يحتج بأقوال السلف بأن التعزير يتولاها القاضى لأنهم كانوا يشترطون فى كل قاض أن يكون مجتهدا - وهو ما لم يعد ممكنا فى عصرنا ولا العصور التالية .. وبالتالي فلا محل لإعطاء القاضى المقلد الحق فى مخالفة التقنينات الصادرة من هذا المجلس بحجة أن "الشرعية" فيها ما يخالفه، لأن المقروض أن أهل الاجتهاد أو مجلس الاجتهاد الجماعى أعلم بالشرعية من غيرهم، وقد اختارهم الأمة لينوبوا عنها فى ولاية التقنين والتعزير بالإجماع - النسبى - الذى يوصف دائما بأنه إجماع أمة محمد ...

10 - أهل الاجتهاد أو المجلس الذى تختاره الأمة لذلك هو فى نظرنا الذى له حق العفو عن العقوبة أو الجريمة⁽¹⁾، وليس ذلك لرئيس الدولة بحجة أنه "ولى الأمر" لأنه إذا كان ولى أمر ففى حدود اختصاصه التنفيذى كرئيس دولة تلزم بالشرعية المستقلة عن الدولة والمهيمنة عليها ولها السيادة فى المجتمع، وعليه أن يلتزم بأحكامها التى "يصدرها" مجلس الاجتهاد المستقل عنه وعن الدولة - والذى اختارته الأمة لممارسة الإجماع باسمها ونابة عنها. ولذلك، يوصف الإجماع بأنه إجماع الأمة وإن كان يتولاها من تفويضهم لذلك بصفتهم أهل الاجتهاد الجماعى وأهل الإجماع .

11 - القضاء الشرعى المستقل عن الدولة هو وحده الذى له حق تطبيق التشريع أو التقنين الجنائى، وله وحده حق تنفيذ العقوبات بما فى ذلك عقوبات الحدود والقصاص بل والإشراف على تنفيذ الجزاء الجنائى، بما فى ذلك الإشراف على السجون. ولذلك، فإننا لانرى أن الإهدار يسمح للفرد العادى أيا كان - ولو كان هو المخنى عليه - بتوقيع الحد

(1) مع ملاحظة أن ما يقال بأن المخنى عليه له حق العفو عن القصاص - لا بُدَّ فى نظرنا عفواً عن العقوبة ولا عن الجريمة، وإنما هو مجرد تنازل عن حقه فى طلب القصاص كمعقوبة مشددة، لكن يبقى للمجتمع حق التعزير وهو الجزاء الأصلى فى جميع الأحوال .

أو القصاص أو التعزير، مهما تكن الظروف، إلا إذا كان ذلك بأمر القاضي وتحت إشرافه ومسئوليته؛ لأن ما نكروه على رئيس الدولة ذاته من تدخل في القضاء أو العقوبات لا يمكن أن نسمح به للفرد العادي. وسوضح رأينا في ذلك في موضعه عند الكلام على العصمة والإهدار.

* * *

إننا نقترح أن نلتزم الأسلوب العلمي والشرعي في استنباط الأحكام انطلاقاً من المبادئ والنظريات والمقاصد العامة للشرعية والتزاماً بأصولها، ونفضل عدم استعمال المصطلحات الفقهية دون توضيح ما يلزم لكي تكون في حدود المبادئ والأصول العامة، وبخاصة اصطلاح أولى الأمر أو ولي الأمر... أو الإمام أو اصطلاح التعزير أو الإهدار أو العصمة أو العفو... وما إلى ذلك...

ونرجو أن ينظر القارئ إلى رأينا كما ينظر إلى رأى فقيها ومن سبقه من الفقهاء القدماء والحديث على أن كلا منها يحتمل الخطأ أو الصواب وليس نصاً مفروضاً لا يحتمل الجدل مثل نصوص القوانين الوضعية التي تفرضها الدولة ويدعى الشراح المعاصرون أنها تمثل إرادة "الدولة" أو بالأصح من يسيطرون عليها أو يدعون أنهم يمثلونها.

* * *

هذه هي الصورة الجملة التقريبية المنطقية لما نقترحه في هذا الصدد، حتى لا نقع فيما انتقدناه من ترديد المصطلحات الفقهية دون إعمال المبادئ والنظريات العامة المتعددة المتداخلة، إذ من الواجب مراعاة ما تستلزمه هذه النظريات والمبادئ في مجموعها ولا تقتصر على الاعتماد على الأحكام الفرعية، ولا على المصطلحات الفقهية دون أن نأخذ كلاً منها في حدود المقصد العام الذي وضع من أجله.

لا يمكن في نظرنا عرض الأحكام دون إرجاعها إلى تلك المبادئ العامة التي لا يجوز تجاهلها ولا إعمال واحد منها دون مراعاة ما يستتبعه باقي المبادئ والنظريات.

هذا هو ما نرى أنه واجبنا في هذه المرحلة من مراحل فقهاء التي وصفناها بأنها مرحلة "النظريات"، لأنها تعيد للفقهاء خصوصيتهم، وتجعل تراثنا منبعا لأحكام مستقبلية في القضايا المستحدثة التي لم تعرفها مجتمعاتنا من قبل، وبالتالي لا ندعى أن أسلافنا قد تعرضوا لحكمها، وإن كانوا تركوا لنا ثروة من المبادئ التي يجب علينا أن نتخذ كلاً منها قاعدة وأساساً لنظرية عامة، وأن نراعي هذه النظريات والمبادئ جميعها دون أن نعزل أحدها عن الآخر، ودون أن نعزل عنها الأحكام التفصيلية.

كما أننا الآن قد بدأنا مرحلة "المؤسسات" في مجال الفقه والتشريع، بعد أن تجاوزنا مرحلة الأئمة مؤسسي المذاهب الذين اعترفت لهم الأمة بجميع أجيالها بأنهم مجتهدون، واتجه الفقه بعدهم إلى إعلان ما يسمى "قفل باب الاجتهاد" الذي سَوَّغوه بأن الزمان قد تغير، وأن ظروفًا كثيرة قد ترتب عليها عدم إمكان توافر الشروط التي أجمع عليها العلماء لمنح هذه الصفة لشخص واحد، وأصبح من الضروري أن يكون الاجتهاد عملاً جماعياً يشارك فيه أشخاص كثيرون، نسميهم "أهل الاجتهاد" الذين نفترض أن تنوع اختصاصاتهم ومؤهلاتهم يجعل منهم جمعاً يتوافر لديهم الشروط التي كانت تتوافر لدى إمام واحد من المجتهدين في الماضي .

إن أهل الاجتهاد أصبحوا جماعة لا فرداً - وهم يكونون مؤسسة حلت محل الإمام المجتهد. وفي الماضي كان حوارهم حراً مرسلًا دون اجتماع في مجلس، والآن يطالب البعض بأن يمثلهم "مجلس"، ولكن يخشى أن تتدخل الدول وحكامها في شئون هذا المجلس بإدخال أعوانهم فيه ومنع معارضتهم من المساهمة فيه، لذلك لا يمكن وجود مثل هذا المجلس إلا إذا توافرت ضمانات لاستقلاله واستقلال من يشاركون فيه، حتى لا يسيطر عليه "فقهاء السلاطين" فيصبح مجرد واجهة للدولة أو حكومتها أو رئيسها .

هذا التطور في مجال الاجتهاد يماثله تطور في القضاء - من ناحيتين :
الأولى، أن فقهاءنا اشتروا في كل قاض أن يكون مجتهداً، وأعطوا له بهذه الصفة ولاية التعزير .

والأسباب التي أدت إلى قفل باب الاجتهاد الفردي في الفقه، هي ذاتها التي أدت إلى أن أصبح القضاء في عصرنا - وفي العصور التالية من باب أولى - "مقلدين"، وعلى درجات متفاوتة في اختصاصاتهم أعلاها المحكمة العليا أو محكمة النقض التي تتولى الرقابة على صحة تطبيق التشريع، والمجلس الأعلى للقضاء (ويدخل ضمنه قضاة المحكمة العليا أو محكمة النقض) المختص بكل ما يتعلق بتعيين القضاة وترقيتهم والإشراف عليهم ليكونوا مستقلين عن "الدولة" وحكومتها .

في نظرنا أن مجلس القضاء الأعلى أو المحكمة العليا ومجموع الهيئة القضائية المتكاملة أصبحت هي المؤسسة التي تقوم بدور القاضي المجتهد في الماضي - في ولاية التعازير - وأنها لذلك هي التي تتولى تقنين التعازير، وأنها تمثل القضاء كهيئة، وتدخل بهذه الصفة ضمن "أهل الاجتهاد" بعد أن كان القاضي الفرد في الماضي من المجتهدين .

* * *

بقى علينا أن نحدد فقهما السياسي في هذا الاتجاه المؤسسي . فكل ما كتبه فقهاؤنا من شروط في الخليفة أو الإمام أو الرئيس لم يعد من الممكن توافره في فرد واحد حتى يمكن عدّه أنه هو ولي الأمر بخود أنه رئيس الدولة، وأصبح من الضروري تحديد اختصاصات رئيس الدولة والدولة ذاتها . إن فقهما لم يشر قط إلى الدولة، وإنما يتكلم عن "الأمة" . والأمة التي تمثلها مؤسسات متعددة قد تكون "الدولة" إحداها، ولكن لا يجوز أن تحتكر تمثيل الأمة كما تفعل الدول ذات النظم الشمولية .

إن عصر الأئمة في الفقه والاجتهاد قد تجاوزناه، وحل محلهم "أهل الاجتهاد" لعدم وجود من تتوافر فيه جميع الشروط التي قررهما الفقه ليكون الشخص مجتهدا . أصبح القضاة "مقلدين" وليسوا مجتهدين كما كان الأمر في الماضي . وإذا كان هناك قدر من الاجتهاد في عصرنا الحاضر، فإن القضاء كله يمارسه كمؤسسة في قمتها محكمة عليا ومجلس أعلى للقضاء، وتحل هذه المؤسسات بكاملها محل القاضي المجتهد . ولها استقلالها عن الحكومة "والدولة" .

وقد قلنا في كتابنا فقه الشورى: إن ما يسمى الآن بالدولة ليس إلا إحدى المؤسسات في "الأمة"، وتمثلها في المجال السياسي فقط .

أما في المجال التشريعي، فيمثلها "أهل الاجتهاد"، و"أهل الإجماع"، وهي المؤسسة المختصة بالتشريع ويتفرع عنها القضاء كمؤسسة وعلى رأسه المحكمة العليا .

وفي نظرنا أنه يوجد إلى جانب ذلك مؤسسات أخرى فيما يسمى الآن بالمجتمع المدني، نرى أن تتمتع بقدر من الاستقلال عن "الدولة"، وذكرنا من أولها بيت المال الذي يتفرع عنه بيت الزكاة، ويلى ذلك الأوقاف التي نعتقد أنها كانت دائما محور النشاط الاجتماعي والعلمي والثقافي في الأمة طوال عصور تاريخها، والحكم الشمولي يتجه إلى السيطرة عليها كما سيطر من قبل على بيت المال . إنه يتجه الآن للسيطرة على الأوقاف، بل وعلى الشركات وغيرها من "مؤسسات المجتمع المدني"، وشجعه على ذلك تضخم فكرة الدولة في الفلسفات الأوربية التي صورت الأمة أو الشعب على أنه جزء من الدولة وعنصر من عناصر تكوينها مثل الأرض والحكومة ... وهو تصور لم تعرفه شريعتنا ولا فقهما الذي يعترف بالأمة والفرد فقط، وما الدولة إلا جهاز تنفيذي يتوب عن الأمة في تنفيذ أحكام الشريعة الإلهية والالتزام بها .

وإذا أردنا أن يكون لنا فكرنا السياسي المستقل عن النظريات الفلسفية المستوردة من أوروبا، فعلينا أن نبدأ بما بدأت به شريعتنا من إصلاح الأفراد والأمة على أساس الالتزام بالشريعة، وتحجيم فكرة "الدولة" لكي تكون إحدى مؤسسات الأمة وتابعة لها وفرعا منها، مهمتها الالتزام بالشريعة والخضوع لها وتنفيذها على أساس سيادة الشريعة .

❁ أهل الحل والعقد يمثلون الأمة في الإشراف على الدولة -

وأهل الاجتهاد يمثلونها في التشريع وكلاهما مؤسسة لا فرد :

وهذا هو ما عيّر مجتمعنا وبخميته من التبعية الفكرية والسياسية للمجتمعات اللادينية وريثة الفلسفات اليونانية والرومانية الوثنية - كما أن عقيدة التوحيد تطهرها من رواسب الجاهليات الشرقية إذ جاء الإسلام لتحرير الناس من عبادة الفرد الحاكم المسيطر، والخضوع للشرعية الإلهية بدلا من الاستسلام لسلطة الفراعنة والأكاسرة والقيصرة وأحكامهم السلطوية .

لقد آن الآوان أن نحرر فقهاء السياسى من فكرة وجود شخص يكون ولى الأمر، لأن ولاية الأمر في الفقه والاجتهاد والقضاء يجب أن تكون مستقلة عن ولاية الأمر في الشئون السياسية .

الدولة الإسلامية في فقهاء خاضعة للشرعية وللإرادة الشعبية الشورية، وقيادتها جماعية يمثلها في الجوانب السياسية والتنفيذية "أهل الحل والعقد" الذين يختارهم الشعب ويمثلونه، في اختيار الحكام والإشراف عليهم، وتكون الدولة بذلك مؤسسة مدنية، لاتغول ولا تفرض إرادة فردية على الأمة وشعوبها ولا يمثلها فرد .

كما يمثلها في مجال التشريع أهل الاجتهاد الذين تمنحهم الأمة في مجموعهم هذه الصفة، وتفرضهم لاستنباط الأحكام من مصادرها الشرعية بعد انتهاء عصر الأنمة مؤسسى المذاهب وإجماعهم على الالتزام بمذهب معين أو رأى معين في هذا المذهب يلزم الكافة، ولو كان إجماع الأغلبية (نسبيا فقط) .

ولا يجوز أن يفهم من كلام فقيهاء أنه يعترف لحكومة استولت على السلطة بالقوة والغلبة بحق أن تطبق الحدود قبل أن يلتزم الحكام أنفسهم بمبادئ الشريعة فيما يتعلق بولاية السلطة. ونحن من جانبنا لانقر ما قاله من إلزام القاضى المسلم الذى تعينه مثل هذه الدول بأن يطبق الحدود؛ لأن معنى ذلك إعطاء الدولة التى عينته حق تطبيق الحدود بواسطة قضائها (سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين)، ولأن هذا الواجب الذى يفرضه على من يُعَدُّه قاضيا مسلما سوف تستغله السلطات الباغية لتطبيق هذه العقوبات البدنية على المسلمين وحدهم لتدفعهم إلى كره الإسلام والتبرؤ منه هربا من تلك العقوبات، وخصوصا أن عقوبة الحرابة يمكن لفقهاء السلاطين أن يطبقوها على المسلمين الذين يطالبون بتطبيق الشريعة كما طبقوا على فقيهاء عقوبة الإعدام.

إن المبدأ الذى نذكر به دائما هو أن تطبيق الحدود ليس من حق من فرضوا سلطتهم بالغلب والقوة؛ بل هو حق للدولة الإسلامية وحدها، وبالتالي لايجوز مطالبة مفتضى السلطة بتطبيق الحدود، ولا السماح لهم بذلك، إلا بعد تصحيح أوضاع الدولة وإخضاع الحكام أنفسهم لمبادئ الشريعة .

الفصل الثاني

في سريان النصوص الجنائية على الزمان

٢٠٤- قاعدة أصولية: - القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن النصوص الجنائية لا تسرى إلا بعد صدورها وعلم الناس بها^(١) - ٣١٦-، فلا تسرى على الوقائع السابقة على صدورها أو العلم بها. ومقتضى هذه القاعدة أن النصوص الجنائية ليس لها أثر رجعي، وأن الجرائم يعاقب عليها بالنصوص المعمول بها وقت ارتكاب هذه الجرائم. وليس في كتب الفقه مباحث خاصة عن الأثر الرجعي للنصوص، ولكن ليس معنى ذلك أن الشريعة لا تعرف الأثر الرجعي ولم تتعرض له، فإن من يتبع آيات الأحكام وأسباب الزول يستطيع بسهولة أن يخرج بنظرية الشريعة كاملة في الأثر الرجعي. ونستطيع أن نقول بعد أن تتبعنا آيات الأحكام الجنائية: إن القاعدة العامة في الشريعة هي أن التشريع الجنائي ليس له أثر رجعي، وأن هذه القاعدة العامة لها استثناءات:

أولهما: أن التشريع الجنائي يجوز أن يكون له أثر رجعي في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام أو النظام العام.
ثانيهما: أن التشريع الجنائي يجب أن يكون له أثر رجعي كلما كان ذلك في مصلحة الجاني.

والفرق بين الاستثناءين أن الأول جوازى للشارع، فله أن يجعل للتشريع أثرا رجعيا بشرط أن تستوجب ذلك مصلحة عامة، والثاني وجوبى، فليس للشارع أن يمنعه إلا إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة. وسندلل فيما يلي على القاعدة وما استثنى منها.

الصدر تعليق "رقم-٣١٦-": ذكرنا سابقا أنه لا يشترط في سريان النصوص الجنائية علم الناس بها، بل الشرط صدورها وتمكن المكلف من امتثالها، لبداية صحة تكليف من لم يعلم مع تمكنه من امتثال ماكلف به. ولقد أشرنا سابقا إلى استحالة اشتراط التكليف بالعلم، إذ لو لم يكن التكليف متقدما على العلم فيماذا يتعلق العلم ياترى؟

الشاوي رأينا في "تعليق-٣١٦-": سبق أن أيدنا قول السيد الصدر بأن المقصود بشرط العلم بالنص الجنائي هو فقط إمكانية العلم، وقد أضفنا رأينا أن من واجب الجماعة ومن يتلونها من أهل الاجتهاد القيام بكل مايمكن لتسهيل العلم على المكلفين جميعا، ويكون ذلك في عصرنا الحاضر والمستقبل بتقنين النصوص الجنائية الذى أصبح ضروريا في عصرنا. ومتى قامت الأمة بواجبها في تعليم الأفراد وتعريفهم بأحكام الشريعة فإن العلم يكون مفترضا في كل فرد، ولايستطيع أحد أن يدعى عدم علمه بالأحكام، ولايكون هذا الادعاء معطلا تنفيذها على الكافة.

الآيات القرآنية التي أشار إليها فيما سبق⁽¹⁾ بحسبانها أساسا لمبدأ الشرعية الذي تعبر عنه قاعدة "أنه لاجرمية ولا عقوبة إلا بنص"، هي بذاتها مصدر هذا المبدأ الأصولي بأن "القوانين الجنائية تنفذ بعد صدورها وليس لها أثر رجعي". وهذه هي إحدى النتائج الحتمية لمبدأ الشرعية؛ وقد قلنا دائما بأن النص الذي يطبق على الفعل هو الذي يكون سابقا على وقوعه ويكون ساريا وناظرا عند ارتكابه....

وفضلا عن ذلك فقد ذكر نصوصا وسوابق أخرى تزيد هذا المبدأ العام الذي لا جدال فيه، ويكفيها ما نص عليه القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾ [الإسراء: 15]. ولنا تحفظ على قوله بأن نص الآية (22) من سورة النساء بتحريم نكاح زوجات الآباء طبقا مدنيا بأثر رجعي، إذ إن من سبق أن تزوج واحدة من هذه الزوجات المحرمات وجب عليه أن يفصل عنها لأنها لم تعد تحل له - وليس في ذلك أثر رجعي كما قال هو، بل هو أثر فوري⁽²⁾. ومثل ذلك بالنسبة للآية (3) والآية (23) من سورة النساء أيضا، وآية تحريم الربا وأمثالها؛ لأننا نفرق بين الأثر الفوري والأثر الرجعي، لأن معنى الفورية إنهاء حالة قائمة فور صدور الأمر بتحريمها ولو كان العقد أو التصرف الذي أنشأها سابقا على ذلك. وعلى كل حال، فإن جميع هذه الأمثلة متعلقة بأحكام مدنية، ونحن هنا في نطاق التشريع الجنائي.

وما عدّه استثناءات من هذا المبدأ الأصولي يحتاج منا إلى تفصيل لأننا لا نوافق على أقواله بشأنها. وسنبين رأينا عندما نستعرض كلا منها على حدة بعد عرض القاعدة العامة - فيما يلي:

(1) يراجع البند (112) وما بعده.

(2) ولو قلنا بأن له أثرا رجعيا لكان معنى ذلك أن يكون الأطفال الذين ولدوا يطل عليهم، أو أن المعاشرة السابقة كانت محرمة وزنا.... إلخ.

٢٠٥- القاعدة العامة "لارجعية في التشريع الجنائي" :- فأما القاعدة

العامة. فهي مستخلصة من تتبع آيات الأحكام الجنائية وأسباب نزولها، فقد نزلت جميع الأحكام التي حرمت المعاصي بعد أن فشا الإسلام، فلم يعاقب بها على الجرائم التي وقعت قبل النزول، عدا جريمة القذف وجريمة الحاربة، فهناك من يرى أن عقوبتهما طبقت على جرائم وقعت قبل النزول. ومن الصعب أن نستعرض كل الجرائم واحدة بعد أخرى، ولهذا سنكتفى باستعراض الجرائم المهمة.

فالزنا حرم في أول الإسلام، وكانت العقوبة عليه أول الأمر مخففة، وهي الإيذاء والحبس في البيوت طبقاً لقوله تعالى: ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سيلاً﴾ * واللدان يأتياها منكم فاذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ﴿ [النساء: ١٥، ١٦]. ثم شددت عقوبة الزنا بعد ذلك -٣١٧-، فصارت الجلد والرجم طبقاً لقوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور: ٢]. وطبقاً لقول الرسول: "خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والشيب بالشيب جلد مائة ورجم بالحجارة". ولو كان للتشديد أثر رجعي لطبقت عقوبة الجلد والرجم على الجرائم التي وقعت قبل تقرير هاتين العقوبتين، ولكن لا يُعلم أن أحداً جلد أو رجم زناً وقع قبل تشديد عقوبة الزنا. ومن ثم فلم يكن للنص المعاقب على الزنا أثر رجعي -٣١٨-.

المصدر

تعليق "رقم-٣١٧-": أي أن الآية الثانية نسخت الأولى، وقد ذكرنا سابقاً أنه لا نسخ في المقام لعدم إمكان نسخ الآية المباركة إلا بآية متصلة بها. كما ذكرنا أنه لا نسخ إلا مع اتحاد الموضوع في الآيتين وعدم إمكان اجتماع الحكمين. وقد ذكرنا سابقاً أن الآية الأولى غير مختصة بالزنا والآية الثانية مختصة بالزنا ومحركة له عن عموم الآية الأولى، لا ناسخة لها. كما لا مانع من اجتماع الحكمين: فالحكم المذكور في الآية الأولى لأجل المنع من تكرار الجريمة، فهو حكم وقائي، والحكم المذكور في الآية الثانية لمعاقبة الجرم، فهو حكم تاديب.

الشأوى

رأينا في "تعليق-٣١٧-": يهمننا ما تضمنه من أن الآية الخاصة بالفاحشة في سورة النساء هي حكم وقائي لم ينسخ بالنص على عقوبة الزنا في سورة النور. ونحن نقر ذلك، وسبق أن قلنا إنه يفيدنا في تضيق نطاق النسخ في النصوص القرآنية وهو الاتجاه الذي ذهب له كثيرون وقد أبداه. كذلك نؤيد الرأي القائل بعدم وجود أي استثناء على مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية.

المصدر

تعليق "رقم-٣١٨-": كما يشهد له ظهور نفس الأدلة من أمها في مقام بيان عقوبة من سيصدر منه الزنا فلا تشمل من زنا سابقاً، وهكذا جميع الجرائم التي سيذكرها المؤلف بعيد ذلك.

الشأوى

رأينا في "تعليق-٣١٨-": يؤيد السيد الصدر ما قاله فقيهما في المتن من أن النص المعاقب على جريمة الزنا - (في سورة النور- الآية رقم (٢)) - لم يكن له أثر رجعي، وكذلك النصوص الأخرى التي ذكرت في المتن (في سورة النساء الآيات ٢٢ و٢٣ والمائدة رقم ٩٠ ورقم ٣١ والبقرة ٢٧٨ و٢٧٩ والمائدة رقم ٩٥)، لكن لا نوافق على ما قاله فقيهما من أمها جميعاً نصوص جنائية، لأن من بينها نصوصاً متعلقة بالأحوال الشخصية ولا يترتب على مخالفتها عقوبة إلا إذا وجد نص بذلك ...

عوده وحرم الله نكاح زوجة الأب بعد أن كان جائزاً، فأصبح لهذا النوع من النكاح وجهان : أحدهما : جنائي، والثاني : مدني. فمن الناحية الجنائية أصبح نكاح زوجة الأب جريمة، ومن الناحية المدنية ظل النكاح عقداً من العقود. وقد عدت الشريعة نكاح زوجة الأب جريمة، ولكنها لم تجعل للنص أثراً رجعيًا حيث قال الله تعالى : ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢]. فلم يطبق حكم النص إلا على الوقائع التي وقعت بعد نزوله والعلم به، ولكن ترتب على نزول النص التفريق بين الأزواج الذين سبق لهم أن تزوجوا هذه الزيجات المحرمة، فكان للنص أثر رجعي من الناحية المدنية امتد إلى وقت انعقاد العقد، ولم يكن للنص أثر رجعي من الناحية الجنائية، فلم يعاقب أحد ممن فسخت زيجاتهم لقوله تعالى : ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾. وكذلك كان الحال في تحريم نكاح الأمهات والبنات وغيرهن من المحارم، فقد عدد النص القرآني المحارم الثلاثي يحرم نكاحهن ثم قال : ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٣]. وقد ترتب على نزول آية التحريم التفريق بين الزوجين في الزيجات المحرمة، فكان للنص أثر رجعي من الناحية المدنية، ولكن لم يكن للنص أثر رجعي من الناحية الجنائية، فلم يعاقب أحد على هذه الزيجات المحرمة التي تمت قبل نزول النص لقوله تعالى في آخر الآية : ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾. ومثل ذلك حدث يوم حرم القرآن أن يتزوج الرجل أكثر من أربع نساء، فقد كان العرب يتزوجون أكثر من أربع فلما نزل قوله تعالى : ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣]، فرق بين الزوج-٣١٩- ومازاد على الأربع، ولم يعاقب زوج على ما حدث منه قبل نزول النص، فكان للنص أثر رجعي من الناحية المدنية، ولكن لم يكن له أثر رجعي من الناحية الجنائية.

الصدر تعليق "رقم-٣١٩-": ولم يستثن من هذه القاعدة إلا النبي (ﷺ) لأن نساءه أمهات المؤمنين ولا يصح لمن أن يتزوجن أحداً لو فارقهن (ﷺ)، ولكنه (ﷺ) لم يتزوج بعد نزول هذه الآية المحددة لعدد النساء بأى امرأة. فما قيل من أنه (ﷺ) أباح لنفسه تعدد الزوجات أكثر من أربع ولم يحبه لسواه لا أصل له، بل أجاز الله له الإبقاء على نسائه لعدم إمكان زواجهن بغيره. **الشافعي** رأينا في "تعليق-٣١٩-": يشير السيد الصدر إلى عدم تطبيق نص [الآية: ٣]. من سورة النساء على الرسول الكريم. ولكن لانواقفه على إقحام ذلك في دراستنا الخاصة بالنصوص الجنائية لأن هذا حكم مدني - وقد أشرنا إلى رأينا في مناقشتنا للتعليق السابق رقم ٣١٨.

وحُرِّمَت الخمر والميسر على مراحل، فنهى المسلمون أن يقربوا الصلاة وهم سكارى بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣]، ثم بين الله لهم أن في الخمر والميسر إثماً ومنفعة وأن إثمهما أكبر من نفعهما فقال: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْعَافٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩]، ثم حرم الله الخمر والميسر بعد ذلك تحريماً قاطعاً حيث قال: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠]، وجعل الرسول حد الشرب الجلده، وعقوبة الميسر التعزير، ولكن لا يُعْلَم أن أحداً عوقب على شرب الخمر أو لعب الميسر قبل نزول التحريم، ولا يعلم أن نصاً من نصوص التحريم كان له أثر رجعي. ومن ثم يمكن القول بأن النصوص التي حرمت الخمر والميسر لم يكن لها أثر رجعي.

وجاءت الشريعة بقطع يد السارق حيث يقول الله جل شأنه: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ﴾ [المائدة: ٣٨]، ولا يعلم أن هذا النص طبق على سرقة وقعت قبل نزوله. ومن ثم يمكن القول بأن نص السرقة لم يكن له أثر رجعي.

وحرم الله الربا - وكان مباحاً - بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ * فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تَبَتُّمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩]، فأصبح الربا بعد التحريم جريمة من وجه، وعملاً مدنياً من وجه آخر، وجاءت النصوص المحرمة بحكمين: أحدهما: جنائي، والآخر: مدني. فأما الحكم الجنائي فيقتضي بأن لا عقاب على الربا السابق على نزول التحريم، وأن العقاب على ما بعده فقط. وأما الحكم المدني فيقتضي بأن ليس للدائن غير رأس ماله فقط. فالحكم الجنائي ليس له أثر رجعي، والحكم المدني له أثر رجعي يعود إلى الوقت الذي انعقد فيه العقد الربوي.

وحرم الله على المحرم قتل الصيد. وجعل على قتله عقوبة، ولكنه عفا عما سلف لينبه على أن النص ليس له أثر رجعي، فقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مَتَعَمَّداً فَعِزًّا مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام﴾ [المائدة: ٩٥].

عوده

هذه هي بعض النصوص الجنائية ظاهر من استعراضها أنها ليس لها أثر رجعي، وهي في هذا تدلنا على طريقة الشريعة في التشريع الجنائي، وترشدنا إلى قاعدة الشريعة العامة.

ويستطيع القارئ أن يلاحظ أن بعض النصوص صرحت بالعفو عما سلف أي بانعدام الأثر الرجعي، والبعض الآخر لم يصرح به، وليس لهذا في ذاته أهمية؛ لأن النص على العفو عما سلف، أي عما حدث قبل نزول النص، يُعَدُّ في ذاته نصا عاما مقررا لقاعدة عامة-٣٢٠-، ولو أنه جاء ضمن نص خاص، فيطبق إذن على كل النصوص الجنائية لا على الحالات التي اقترنت بتجريمها دون غيرها. وهذا التفسير يتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التي تقضى بأنه: "لا يكلف شرعا إلا بفعل ممكن، مقدور للمكلف، معلوم له علما يحمله على امتثاله"-٣٢١- ويتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التي تقضى بأن: "لاحكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص". كما أنه يتفق مع نصوص الشريعة الأكثر عموما، فالله جل شأنه يقول: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾ [الإسراء: ١٥]. ويقول: ﴿وما أهلكنا من قرية إلا لها منذرون﴾ [الشعراء: ٢٠٨]. ويقول: ﴿وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا وما كنا مهلكي القرى إلا وأهلها ظالمون﴾ [القصص: ٥٩].

ونخرج من هذا كله بأن قاعدة الشريعة العامة في التشريع الجنائي تقضى بأن هذا التشريع ليس له أثر رجعي، وأن نصوص الشريعة ومبادئها العامة وتاريخ هذه النصوص كل ذلك يقطع بأن لارجعية في التشريع الجنائي.

الصدر

تعليق "رقم-٣٢٠-": كيف يُعَدُّ نصا عاما ياترى بعد أن كان مورده خاصا؟ ولكن لا يتوقف عدم الأثر الرجعي على التصريح بالعفو كما عرفت من ظهور الأدلة في الحكم على ما يصدر منه في المستقبل.

الشاوي

رأينا في "تعليق-٣٢٠-": يشير السيد الصدر بحق إلى أن مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية حكم أصولي عام ولم يكن مبنيا على ما ورد في بعض النصوص من "العفو عما سلف". ولا مستمدا من ذلك، ونحن نؤيد ذلك.

الصدر

تعليق "رقم-٣٢١-": مر علينا أننا إمكان التكلف بغير المعلوم مع التمكن من امتثاله. رأينا في "تعليق-٣٢١-": ما قاله السيد الصدر هو تأكيد وتكرار لما قاله في التعليق رقم-٣١٦-، وقد أيدناه وقلنا إن العلم مفترض دائما متى قام المجتمع بواجبه في تعليم أفراد.

الشاوي

ذكر لنا أمثلة كثيرة تؤيد أن المبدأ العام في التشريع الجنائي الإسلامي أنه ليس لأحكامه أثر رجعي .

أما ما أشار له من وجود آراء تخالف هذا المبدأ فتحسن لا نقرها . وقد أشرنا إلى ضرورة ملاحظة أن الأثر الفوري لا يجوز الخلط بينه وبين الأثر الرجعي . كذلك أشرنا إلى ضرورة التفرقة بين الأحكام المدنية والأحكام الجنائية، وأن كثيرا من الأمثلة التي ذكرها خاصة بالمسائل المدنية - بل والتكليفية - وعلاقتها بالتشريع الجنائي ناتجة عن أن تحريم بعض الأفعال يجعلها معاصي دينية وأخلاقية من يوم صدور التحريم لا قبله، وقد جرى على القول بأن جميع المعاصي أو المحرمات تستحق التعزير، لكن بعد صدور الحكم بالتحريم ...

لكن رأينا الذي ما زلنا نذكر به هو أننا في مرحلة جديدة في تشريعنا تستوجب التقنين - أى وجود نصوص فقهية مقننة تبين كل جريمة على حدة وعقوبتها - ولذلك فلم يعد من حق قضائنا (وهم مقلدون) أن يقرضوا عقوبة جنائية إلا على الأفعال التي ينص التقنين أو الفقه على عقوبة جنائية تفرض على مرتكبها .

كما نذكر برأينا أن مبدأ جواز "التعزير" عن فعل ما لا يجوز عده دليلا على أنه أصبح جريمة حتما، لأن التعازير كما قدمنا تشمل تدابير تعبدية وقضائية ليس من المصلحة وصفها بأنها عقوبات جنائية. إننا حذرنا مما يسر عليه البعض ممن يعدون كلمة "تعازير" مرادفة لكلمة "عقوبات جنائية"، والصواب في نظرنا أن بعض التعازير فقط هي عقوبات جنائية وما عداها قد يكون تدابير وقائية أو تعبدية أو قضائية أو إرشادية من الوجهة الدينية .

أهم ما ورد في هذا البند هو أن ما ورد في بعض النصوص من أن الله "عفا عما سلف" إنما يشير إلى مبدأ عام وقاعدة عامة (ص ب/ 361) رغم أن نصوصا أخرى لا يرد فيها هذا التحفظ أو هذا النص. ويسرنا إشارته إلى "المبادئ الأساسية والأصول الشرعية" العديدة التي تؤكد هذا المبدأ .. وكذلك الآيات القرآنية ..

إن الأسلوب الحكيم في الفقه يوجب أن نشير إلى ما يربط كل حكم شرعي بأصوله العامة في القرآن أو السنة أو الأصول الفقهية التي نسميها نحن "نظريات عامة" .

ويسرنا أن نشير إلى أن ذلك كله "يقطع بالأثر رجعي في التشريع الجنائي" . وهذه العبارة الواردة في نهاية البند تؤيد رأينا في تعليقنا على البند التالي الذي يختلف معه فيما ذهب إليه من جواز رجعية بعض الأحكام الجنائية ..

٢٠٦ - الاستثناء الأول : جواز الرعية في حالة الجرائم الخطيرة التي

تمس الأمن العام والنظام العام : إذا كانت القاعدة العامة في الشريعة أن لا رجعية في التشريع الجنائي، فإنه يجوز استثناء من تلك القاعدة أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن أو النظام العام. ومن الأمثلة على هذا الاستثناء : جرائم القذف والحرابة والظهار - ٣٢٢ -، فقد طبقت العقوبة فيها على وقائع سابقة على نزول النص.

وفي نص القذف خلاف. فالبعض يرى أنه نزل قبل حادث الإفك، فلما كان هذا الحادث وبرأ الله عائشة منه، طبق النص على القذفة، وعوقبوا بالعقوبة التي يقررها. وإذا صح هذا الرأي لم يكن لنص القذف أثر رجعي، حيث لا يعلم أنه طبق على واقعة سابقة على نزوله.

ويرى البعض - ورأيهم هو الراجح - أن النص نزل بمناسبة حادث الإفك - ٣٢٣ -، فإذا صح هذا الرأي كان لنص القذف أثر رجعي، إذ الثابت الذي لا خلاف فيه أن رسول الله حد القذفة، فكانه طبق النص على وقائع سابقة على نزوله. ويمكن أن يعلل الأثر الرجعي للنص بما ترتب على الحادث الذي نزل فيه النص من آثار مهمة، فقد قذف جماعة زوج النبي، وخاصوا في عرضها؛ وآذوها وآذوا النبي بالإفك الذي قالوا؛ حتى اضطرب المجتمع الإسلامي اضطراباً شديداً؛ وكاد المسلمون يقتتلون. فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صعد إلى المنبر بعد أن خاض الناس في هذا الأمر، وقال: "يامعشر المسلمين من يعتذرن في رجل قد بلغني أذاه في أهلي، فوالله ما علمت على أهلي إلا خيراً، ولقد ذكروا رجلاً ما علمت عليه إلا خيراً، وما كان على أهلي إلا معي". فقام سعد بن معاذ الأنصاري فقال: أنا أعذكرك منه يا رسول الله، إن كان من الأوس ضربنا عنقه، وإن كان من الخزرج أمرتنا فأطعنا أمرك. فقام سعد بن عباد فقال: - وهو سيد الخزرج - وكان رجلاً صالحاً ولكن احتملته الحمية : أي سعد بن معاذ، لعمر الله لا تقتله، ولا تقدر على قتله. فقام أسيد بن خضير وهو ابن عمة سعد بن معاذ وقال لسعد بن عباد: لعمر الله لا تقتله، فإنك منافق تجادل عن المنافقين. فتأثر الحيان : الأوس والخزرج حتى هموا أن يقتتلوا ،

الصدر

تعليق "رقم-٣٢٢-": سيأتي الكلام في كل من هذه الجرائم الثلاث .

الصدر

تعليق "رقم-٣٢٣-": لم يثبت ذلك عندنا، والرواية المثبتة له ضعيفة السند. ولو سلمنا اعتبارها فلا يكون للآية أثر رجعي وإنما شمل حد القذف من أقم أم المؤمنين عائشة لأن المتهمين كانوا متلبسين بجريمة القذف حين نزول الآية ومصرين على قذفهم لها، فلذا لم يعاقب رسول الله ﷺ سواهم ممن صدر منه القذف قبل نزول الآية المباركة. وهكذا الكلام في آيتي الحرابة والظهار .

ورسول الله يخفضهم حتى سكتوا^(١). فهذا الحادث الذي أهم المسلمين، وكاد يوقع الفتنة بينهم، والذي أنزل الله فيه قرآنا، هو حادث مهم يحس أمن الجماعة ونظامها، وهو أحق ما يجعل للنصوص فيه أثر رجعي؛ لأن العقوبة في مثل هذا الحادث تدعو إلى قدمة النفوس الثائرة ومحو ماخلفته الجريمة من آثار.

وقد اختلقوا أيضا في أسباب نزول آية الحراية، والذي عليه الجمهور أنها نزلت في العُرينين، وهم قوم من عُرَيْتَةَ، قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجتروا المدينة، فأمر لهم الرسول بلقاح، وأمرهم أن يشربوا ألبانها وأبوالها، فانطلقوا. فلما صحوا قتلوا الراعي واستاقوا النعم، فأرسل الرسول في أثرهم فجاء بهم، فأنزل الله تبارك وتعالى في ذلك قوله: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٣]. وقيل: إن الآية نزلت في قوم من أهل الكتاب بينهم وبين الرسول عهد فتقصوا العهد، وقطعوا السبيل وأفسدوا في الأرض، وروى ابن جرير أن الآية نزلت عتابا للنبي - ٣٢٤ -؛ لأنه قطع أيدي العرينين، وتركها دون حسم، وسمل* أعينهم كما سملوا عين الراعي فنزلت الآية تحريما للمثلة^(٢).

فإذا صحت رواية ابن جرير وكانت الآية قد نزلت بعد عقاب العرينين فيكون الرسول قد عاقبهم طبقا لقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤١]. وقوله: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

تعليق "رقم-٣٢٤-": لا يمكن الاعتماد على هذه الرواية لأنه إن صح أن النبي كان قطع أيدي العرينين وتركها دون حسم وسمل أعينهم فقد قام بما هو تكليفه قبل نزول الآية المباركة، فكيف يعاتبه ربه ياترى مع أنه ليس في الآية المباركة ما يستفاد منه أى عتاب أو تأنيب؟

وأما في "التعليقات-٣٢٢- إلى-٣٢٤-": نحن نؤيد تماما كل ما قاله السيد الصدر في اعتراضاته على قول فقيها بأنه وجد استثناء لمبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية فيما يتعلق بحذف القذف - والحراية - وقد سبق أن قلنا بأننا نعارض هذا القول، ولانوافق على أى استثناء للمبدأ الأصولي العام بعدم رجعية النصوص الجنائية - لافى جرائم القذف ولا فى غيرها، ولانوافق على ترجيح الروايات التى تؤيد التطبيق الرجعى لبعض الأحكام، ونرى أن فقيها لم يكن فى حاجة لترجيح صحتها.

(١) تفسير الطبري جـ ١٨ ص ٥٣، تفسير الألوسي جـ ١٨ ص ٧٩، تفسير الشهاب على البيضاوى جـ ٦ ص ١٥٩.

(٢) تفسير الطبري جـ ٦ ص ١١٩، تفسير المنار جـ ٦ ص ٣٠٢، تفسير القرطبي جـ ٦ ص ١٤٨.

* سَمَل العَيْن: فَتَّاهَا بِعَسَمَارٍ أَوْ حَدِيدَةٍ مُخَمَّاةٍ.

وتكون الآية قد نزلت بحكم جديد ثابت لعقاب من يفعل تلك الفعل. ويترتب على صحة هذه الرواية أن لا يكون للنص أثر رجعي؛ لأنه لم يطبق على حالة سبقت نزوله.

وإذا صحت الرواية القائلة: بأنها نزلت لعقاب العُرنين، أو الرواية القائلة: بأنها نزلت في قوم مشركين، فإن الآية تكون قد نزلت بعقوبة فعل سابق عليها، ومن ثم يكون لها أثر رجعي. والجمهور يرجح الرواية القائلة بأن الآية نزلت لعقاب العُرنين، وعلى هذا يكون الرأي الراجح أن الآية لها أثر رجعي.

ولاشك في أن المصلحة العامة هي التي اقتضت أن يكون للنص أثر رجعي، فقد كان حادث العرنين فظيحا، يوشك لولم يؤخذ أصحابه بعقوبة رادعة أن يجرمي الناس على المسلمين، وعلى النظام الجديد، وأن يشجع على قطع الطرق، وزعزعة الأمن والنظام، فكان لابد من عقاب رادع على هذه الجريمة. ولكن العقاب الرادع يقتضي أن يجعل للنص أثر رجعي، فجعل له هذا الأثر حفظا للأمن العام وحماية للجماعة ونظامها، كما جعل لنص القذف أثر رجعي، لقطع الألسنة وتهدأ الفتنة وتسكن النفوس الثائرة؛ فحفظ الأمن وحماية الجماعة ونظامها هو الغرض الأول والأخير من جعل الأثر الرجعي للنص الجنائي.

وإذا كان هناك خلاف في أسباب نزول آية القذف وآية الحراة، فإنه لاخلاف في أسباب نزول آية الظهار. وإذا كان الخلاف في أسباب نزول آية القذف وآية الحراة مما يدعو إلى الشك في أن الشريعة تميز الرجعية في التشريع الجنائي، فإن الاتفاق على سبب نزول آية الظهار، وعلى أنها طبقت على واقعة سابقة، مما يقطع بأن الشريعة تميز أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي. وهذا الذي تقطع به آية الظهار ينهي الخلاف القائم في آيتي القذف والحراة لمصلحة القائلين بأن كليهما طبقت على واقعة سابقة عليها، ويؤكد أن هاتين الآيتين كان لهما أثر رجعي.

ولقد كان الظهار^(١) في الجاهلية وفي أول الإسلام طلاقا، أى أنه كان تصرفا يترتب عليه فسخ عقد الزواج وإنفاؤه، ولم يكن يُعد جريمة، حتى ظاهر أوس بن الصامت من زوجته خولة، فقال لها: أنت على كظهر أمي. فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعانشة تغسل شق رأسه، فقالت: يارسول الله، طالت صحبتي مع زوجي، وأكل شبابي، ونثرت له بطني، حتى إذا كبر سقي، وانقطع ولدي ظاهر مني.

(١) الظهار هو تشبيه الرجل وطء من تحل له من النساء بوطء من تحرم عليه منهن تحريما مؤبدا بنسب أو صهر أو رضاع، وكالت العرب تكنى عن ذلك بالظهار؛ فيقول الرجل منهم: امرأتى على كظهر أمي، ولذلك سمي ظهارا لأنه مأخوذ من الظهر.

فقال رسول الله : حرمت عليه . فقالت أشكو إلى الله فاقنى إليه . ثم قالت : يا رسول الله ، طالت صحبتى مع زوجى ، ونفصت له بطنى ، وظاهر منى . فقال رسول الله : حرمت عليه . فكلما قال لها ذلك رسول الله هتفت ، وصاحت إلى الله أشكو فاقنى . فزل الوحى وقد قامت عائشة رضى الله عنها تغسل شق رأسه الآخر ، فأومأت إليها عائشة أن اسكنى . فلما قضى الوحى قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادعى لى زوجك ، فلما حضر تلا عليه الرسول قول الله تعالى : ﴿ قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير ﴾ * الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللاتى ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور * والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير * فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم ﴿ المجادلة : ١ - ٤ ﴾ .

بهذه الآيات التى نزلت فى الظهار أخبر الله تعالى أن لفظ الظهار الذى كانوا يطلقون به نساءهم منكرا من القول وزورا ، والمنكر من القول هو الذى لا تعرف حقيقته ، والزور الكذب . وإنما قال الله فيه إنه كذب ؛ لأنهم صبروا به نساءهم كأمهاتهم ، وهن لا يصرن كأمهاتهم ولا كذوى محارمهم ؛ لأن ذوى المحارم لا يحللن لمظاهر أبدا . كذلك حرم الظهار وعاقب عليه ، فأخرجه بهذا من باب التصرف إلى باب الجريمة ، ومن باب المباح إلى باب المعاقب عليه .

ولقد طبقت آية الظهار أول ما طبقت على أوس بن الصامت نفسه ، فقد قال له الرسول صلى الله عليه وسلم : أتستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : يا رسول الله إني إذا لم أكل فى اليوم ثلاث مرات خشيت أن يعشو بصرى . قال : فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ، فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكينا ؟ قال : لا ، يا رسول الله إلا أن تعيننى ، فأعانه رسول الله ، فأطعم ستين مسكينا ، وراجع زوجته^(١) . وإذا كانت عقوبة الظهار قد طبقت على أوس بن الصامت عن واقعة حدثت قبل نزول النص ، فمعنى ذلك أن آية الظهار لها أثر رجعى .

(١) المقدمات لابن راشد ج ٢ ص ١٤٠ ، ١٤١ .

برغم إطالة فقيها في شرح القول بأن الشريعة أو بالأصح السنة النبوية أجازت أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي في حالة الجرائم التي يصفها بأنها خطيرة تمس النظام العام، فإن لنا تحفظاً على هذا الرأي لأن مرجعه هو عدم التفرقة بين أحكام العقوبات الجنائية وغيرها من الأحكام الدينية المتعلقة بالعبادات أو الأحوال الشخصية أو القيم الأخلاقية أو السلوكية (مثل الظهار)، أو مرجعه ترجيح أقوال تتعارض مع المبدأ القرآني بعدم رجعية الجزاءات الجنائية وهو ما لا يجوز بأى حال - كذلك لا يجوز تجاهل التفرقة بين بعض تدابير التعازير الوقائية والعقوبات الجنائية... نحن نرى أن الذين قالوا بأن رسول الله (ﷺ) قد عاقب القاذفين في حادث الإفك بعقوبة أنزلت بعد وقوع الحادث، كان أولى بهم أن يعللوا أن هذه العقوبات إنما طبقت لأنها داخلية في باب التعازير، وأن مبدأ التعزير كان سابقاً على الآية التي فرضت الحد.. وحق الرسول كقصاص أو مشروع في التعزير يعطى له حق اختيار العقوبة.. وقد سبق أن أكدنا أن التعزير يطبق في جميع الجرائم، بل هو الأصل حتى في جرائم الحدود والقصاص.. ومن حسن الحظ أنه أشار إلى أن هناك خلافاً في ذلك. ونحن نرى أن الرأي الذي يقول بأن الآية المقررة للعقوبة كانت سابقة على حديث الإفك هو الذي يؤيد القاعدة العامة، ولذلك نرجحه، ولا نوافق على قوله هو بأنه يرجح الرأي المخالف الذي جعله مبرراً للقول بأن العقوبة الحدية طبقت بأثر رجعي.. وقد أشرنا إلى أنه لم يكن في حاجة لذلك، لأن الجلد عقوبة تعزيرية والفعل منذ وقوعه كان معصية تستحق التعزير، ويمكن القول إنها أصبحت حداً بعد ورود هذا النص.. إن المبدأ الذي نصر عليه هو أن المعاصي التي يعاقب عليها بالحد أو القصاص الأصل فيها أن عقوبتها تعزيرية، وهذا التعزير جائز منذ ارتكاب الفعل ما دام هو معصية في أصله يستحق التعزير..

* * *

ما قاله عن العقوبة الحدية في آية "الحرابة" يستفاد منه وجود آراء مختلفة في وقت نزول الآية، وكما كان الأمر في موضوع حد الإفك، فإننا أميل لترجيح الرأي الذي لا يتعارض مع المبدأ العام الذي يقرر عدم رجعية العقوبات الجنائية، برغم أنه قد رجح الرأي الآخر ليؤيد قوله بوجود استثناء يجيز رجعية النصوص الجنائية في أحوال يصفها بأن المصلحة العامة تستوجب ذلك. ونحن نرى أن ادعاء المصلحة العامة يمكن أن يتخذ ذريعة لإهدار هذا المبدأ الأساسي كلية، ولا نعتقد أن الفقه أو الشريعة تفتح

مثل هذا الباب الذى يضيع كل أثر جدى لمبدأ قرره القرآن وأعلنه الخالق سبحانه صراحة فى كتابه الكريم. ونخشى أن يكون الذى أدى به إلى هذا القول هو تأثره بما سار عليه العمل فى العصور "الحديثة"، ولكن أعمالهم ليست حجة فى فقها.

* * *

وما قاله بشأن آية الظهار (1 - 4 من سورة المجادلة) معناه غد الكفارات (مثل تحرير رقبة أو صيام شهرين أو إطعام مساكين) عقوبات جنائية؛ وقد سبق أن قلنا إننا لانوافق على ذلك لأنها فى حقيقتها إجراءات تعبدية أو تدابير تربوية اجتماعية لا يجوز فى نظرنا وصفها بأنها "عقوبات جنائية"، ولا وصف الفعل الذى يترتب عليه فرضها بأنه "جريمة" ولو كان خطيئة أو معصية من الوجهة الدينية. وسنرى فيما بعد أننا نرى وجوب التفرقة بين المعاصى الدينية والجرائم والعقوبات الجنائية.

٢٠٧ - الاستثناء الثاني: وجوب الرخصة إذا كان التشريع أصح للجاني: إذا صدر نص جنائي أصح للجاني -٣٢٥- وجب تطبيق هذا النص دون غيره على الجاني، ولو أن الجاني ارتكب جريمة تحت حكم نص أشد عقوبة. ويشترط لتطبيق النص الأصح للجاني ألا يكون الحكم الصادر على الجاني طبقاً للنص القديم قد أصبح نهائياً، فإن كان قد أصبح نهائياً فقد انتهى الأمر به، ولا تعاد محاكمة الجاني طبقاً للنص الجديد. والعلة في تطبيق النص الأصح أن العقوبة -٣٢٦- مقصود منها منع الجريمة وحماية الجماعة، فهي ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الجماعة، وكل ضرورة تقدر بقدرها، فإذا كانت مصلحة الجماعة في تخفيف العقوبة وجب أن يستفيد الجاني الذي لم يحكم عليه بعد من النص الجديد المخفف للعقوبة؛ لأن حفظ مصلحة الجماعة ليس في التشديد، ولأنه من العدل ألا تكون العقوبة زائدة عن حاجة الجماعة ما دامت شرعت لحماية الجماعة؛ ولأن العلة تدور مع العلول وجوداً وعدماً. ومن الأمثلة البارزة على هذا الاستثناء جريمة القتل، ذلك أن العرب قبل الإسلام كانت تباين في الفضل وتعترف بهذا التباين، فإذا كان بينهما ما يكون بين الجيران من قتل العمد أو الخطأ عرف لصاحب الفضل فضله، وتباينت الدييات بحيث تكون دية الشريف أضعاف دية الرجل دونه. واتسع هذا التباين حتى تعدى الأفراد إلى القبائل، فكانت دية النصيري مثلاً ضعف دية القرظي، وكان الشريف من العرب إذا قتل لم يقتل قاتله فقط بل قتل من أشرف قبيلة القاتل من يروته كفاء القتل، وربما لم يرضوا إلا بعدد يقتلوههم. ولقد قتل أحد أفراد قبيلة غنى شاساً بن زهير. فجمع عليهم أبوه زهير بن جذيمة؛ فقالوا له: سل في قتل شاس فقال: إحدى ثلاث لا يغنيني غيرها. قالوا: ماهي؟ قال: تحيون لي شاساً. أو تملثون ردائي من نجوم السماء. أو تدفعون إلي قبيلة بأسرها فأقتلها. ثم لا أرى أني أخذت منه عوضاً. فهذا هو ولي القتل يرى قبيلة بأسرها لا يجزى قتلها في قتل ولده.

المصدر تعليق "رقم-٣٢٥-": وجب تطبيق النص المتأخر على الجاني سواء كان أصح لحاله أم لم يكن، لأن النص المتأخر ينسخ النص المتقدم ويرفع تأثيره فلا يمكن العمل به.

المصدر تعليق "رقم-٣٢٦-": بل العلة تأخره؛ ولذا لو كان المتقدم أصح للجاني لأخذنا بالتأخر أيضاً، فإن النص الجنائي الأول لما لم يطبق على الجرم وصدر النص الثاني وألغى الأول فكان لا بد من تطبيق الثاني على جرمه ولكنها كانت تحت نظر النبي (ﷺ) فلا يكون تطبيقها على الموارد التي كان النزاع فيها يدل على أن لها أثراً رجعياً مطلقاً بل خصوص الأمور التي لا يزال النزاع فيها قائماً. مع أن الحكم بالتفاضل لم يكن حكماً إسلامياً، بل إن أول حكم إسلامي هو الحكم القاضي بالساوي، فلا يكون هذا شاهداً لما فرضه المؤلف وهو وجود نصين المتأخر منهما أصح للجاني إذ لا نص إسلامي قبل النص الحاكم بالتساوي.

عوده ولما قتل كليب بن وائل اقبلوا دهرًا طويلًا واعتزلهم بعضهم فأصابوا ابنا له يقال له بجير. فأتاهم وقال: قد عرفتم عزلي فبجير بكليب، وكفوا عن الحرب. فقالوا: بجير بشسع نعل كليب. فقاتلهم بعد اعتزاله وكان من أشرف القبيلة (١).
وقد جاء الإسلام وبعض العرب يطلب بعضا بدماء وجراح، فمحا حكم الجاهلية، وسوى في الحكم بين الناس، وذلك قوله تعالى: ﴿أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون﴾ [المائدة: ٥٠]. سوى الإسلام بين دم الشريف والوضيع، وبين دماء الأحرار ودماء العبيد، وبين دماء الرجال والإناث، وذلك قوله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شيء فأتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم﴾ [البقرة: ١٧٨]. وبعد نزول هذا الحكم انتهى التفاضل في الدماء والجراح والديات، وطبق الحكم على ماسبقه من دماء وجراح لم يحكم فيها بعد، وبهذا كان للنص أثر رجعي.

- ويرتب على ما توجهه الشريعة من تطبيق التشريع الأصلح للجاني نتائج منطقية مهمة:
- ١ - إذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم في الجريمة وكان أصلح للجاني - ٣٢٧ - حوكم الجاني بمقتضاه ولو أنه ارتكب الجريمة في ظل التشريع القديم.
 - ٢ - إذا صدر التشريع الجديد بعد الحكم وكان أصلح للمحكوم عليه نفذ من العقوبة - ٣٢٨ - المحكوم بما يتفق مع العقوبة التي يقرها التشريع الجديد.

الصدر تعليق "رقم - ٣٢٧ -": بل ولم يكن أصلح كما مر عليك سابقا.

الشاوي رأينا في "التعليقات أرقام - ٣٢٥ - إلى - ٣٢٧ -": (على البدين ٢٠٧ و ٢٠٨) يؤيد وجهة نظرنا في أن النصوص المقررة لعقوبات جنائية كلها ذات طبيعة استثنائية في شريعتنا، ولذلك فإن صدور نص يلغيها أو يخففها يكون له أثر فوري إذ لا يمكن تنفيذ نص استثنائي بعد إلغائه، فالنص الأصلح للمتهم له أثر فوري وليس رجعيًا في نظرنا، والسيد الصدر يقول بذلك = إلا أننا لانوافق على ما يفهم من قوله إن كل نص جديد يطبق حتى ولو كان يشدد العقوبة.

الصدر تعليق "رقم - ٣٢٨ -": بل تنفذ جميعها لأن ظاهر التشريع الجديد اختصاص بمن يحاكم ابتداء أو تستمر محاكمته بعد تشريعه إلا مع النص على عدم الاختصاص، كما أن التشريع الجديد لا يكون مانعًا من تنفيذ الحكم الصادر على وفق التشريع القديم ولا يوجب توقف تنفيذه إلا مع النص على ذلك.

الشاوي رأينا في "تعليق - ٣٢٨ -": لا نوافق على اعتراضه على قول فقيها فيما يتعلق بتخفيف العقوبة المحكوم بها تنفيذا لنص جديد أصلح للمتهم صدر بعد الحكم عليه طبقا لنص سابق عقوبته أشد.

(١) الأم ج - ٦ ص ٧، تفسير القرطبي ج - ٢ ص ٢٤٤.

٣ - إذا كان التشريع الجديد بعد الحكم وكان يسمح بالفعل ولا يعاقب عليه، فيجب ألا ينقذ الحكم الذى صدر طبقا للتشريع القديم؛ كما يجب أن يوقف تنفيذه إذا كان قد بدئ فى تنفيذه.

٤ - إذا كان التشريع الجديد يشدد العقوبة فلا ينطبق على الجاني؛ لأنه ليس الأصلح له، ولأن الأصل أن الجرائم يعاقب عليها طبقا للنصوص السارية وقت ارتكابها.

٢٠٨ - الشريعة والقانون : بينا فيما سبق المبادئ التى تسيّر عليها الشريعة الإسلامية فى سريان النصوص على الزمان، وهذه المبادئ هى نفس المبادئ التى تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم. ولكن القوانين الوضعية لم تأخذ بهذه المبادئ إلا أخيراً، فقد كانت القاعدة فى القوانين الوضعية قديماً أن يكون للشارع الحق فى أن يجعل لأى قانون جنائى أثراً رجعياً، ولم يكن حقه فى ذلك مقيداً بأى قيد. فلما جاءت الثورة الفرنسية ألغى هذا الحق، ولم يعد للشارع أن يصدر قوانين جنائية لها أثر رجعى. وقد ظل هذا المبدأ محترماً من عهد الثورة الفرنسية إلى أن بدأ علماء القانون والمشرعون يخرجون عليه فى أواخر القرن الماضى وأوائل القرن الحالى، حيث تبين لهم أن التقييد المطلق صار بمصالح الجماعة، وإن كان متفقاً مع صالح الفرد، ورأوا أن صالح الجماعة يجب أن يرجح على الصالح الفردى، بحيث إذا اقتضى صالح الجماعة أن يجعل للقانون أثر رجعى كان للشارع هذا الحق. ومن يرى هذا رأى الشراح الإيطاليون، فأنهم يرون قبول الأثر الرجعى للقوانين التى تنشئ عقوبات أشد لأموماً كانت جرائم من قبل؛ لأن حق المجتمع يعلو على مصلحة الجرم. ويرى الشراح الإنجليز أن الأثر الرجعى للعقوبة المشددة أمر معقول، وقد جعل المشرع المصرى والمشرع الفرنسى للقانون أثر رجعى فى قوانين معتادى الإجرام والاشتباه^(١).

وظاهر مما سبق أن المبدأ الحديث الذى يراه الشراح ويأخذ به المشرعون هو أن المشرع ليس له فى الأصل، أن يجعل للقانون أثر رجعى، ولكن له استثناء أن يمارس هذا الحق كلما اقتضته المصلحة العامة، وهذه هى نفس النظرية الإسلامية.

وعلى أثر انتهاء الحرب الأخيرة فى سنة ١٩٤٥، حاکمت الدول المنتصرة زعماء الدول المغلوبة وقوادها وحكامها، وحكمت عليهم بعقوبات تتراوح بين الإعدام والأشغال

(١) القانون الجنائى لعلی بدری ص ١١٧، ١١٦، الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٦٨ ومابعدها.

الشاقة والسجن، وكان موضوع المحاكمة أفعالا لم تكن تُعدّ جرائم لا في قوانين البلاد المنتصرة أو المهزومة ولا في القانون الدولي، ولم يكن يعاقب عليها من قبل. وهذه المحاكمة التاريخية تطبق واسع لنظرية رجعية القوانين لم يسبق له مثيل. أما عن تطبيق التشريع الأصلح للمتهم على ماسبقه من الجرائم، فهي قاعدة معترف بها في كل القوانين الوضعية تقريبا، وإن كانت القوانين لم تعرف هذه القاعدة إلا في القرن الماضي.

وهكذا نستطيع أن نقول بعد هذه المقارنة : إن القوانين الوضعية بدأت من القرن الماضي تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية في الأثر الرجعي للتشريع الجنائي، وإن ما نُعده اليوم أحدث الآراء والنظريات في القوانين الوضعية ليس إلا تطبيقا دقيقا للنظرية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا.

هناك مبدأ مسلم به - وهو أن كل قانون لاحق يُعدّ أفضل مما سبقه؛ وإلا لما كان لصدوره أى مسوّغ. وهذا المبدأ هو أساس نظرية النسخ التى تحدثنا عنها فيما سبق. ونسخ القاعدة السابقة يستلزم إزالة جميع آثارها بما فى ذلك الحكم الجنائى الصادر بناء عليها، وأن يكون ذلك من يوم صدور النص الجديد، فيمكن القول بأن هذا ليس استثناء وإنما هو تطبيق لقاعدة الأثر الفورى الذى فرقنا بينه وبين الأثر الرجعى، دافعاً عن أن مبدأ عدم الرجعية هو قاعدة أصولية لا تقبل الاستثناء فى نظرنا فيما عدا تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم، أما إذا كان أشدّ فيطبق عليه المبدأ العام وهو عدم تطبيقه بأثر رجعى . وما قاله عن عقاب مجرمى الحرب يمكن تسويغه بأن جميع الأعمال الحربية هى فى الأصل جرائم عدوان على الأفراد سواء كانوا مقاتلين أو مدنيين؛ وقد استثنيت من تطبيق العقوبات الجنائية لأن حالة الحرب المشروعة إنما أباحها (دافعاً عن النفس)؛ ولذلك فإن من المنطقي ألا يعترف بهذه الإباحة فى حالة الحرب العدوانية لأن المعتدى لا يحق له التمسك بحالة الدفاع الشرعى؛ فالأمر فى نظرنا ليس مجرد إنشاء عقوبة أو جريمة جديدة كما يتصور البعض بل هو فى نظرنا مجرد تحديد نطاق للقاعدة التى تبيح بعض الجرائم فى أثناء الحرب بقصر هذه الإباحة على مقتضيات الحرب المشروعة بناء على أنها دفاع شرعى وليست عدواناً، وتطبيق قانون العقوبات العادى على تلك الأفعال فى حالة الحرب العدوانية بحسبها جرائم عادية وإنما لا تنطبق عليها أسباب الإباحة، وعلى ذلك فإن قوله إن تلك الأفعال لم يكن معاقباً عليها وقت وقوعها يمكن التحفظ عليه .

نخشى أن يكون فقهاء قد تأثر بما يُقال عن اتجاه حديث فى القوانين الوضعية وأشار إليه بعض الشراح "الإيطاليين أو الإنجليز"، ومسايرته بعض أحكام القانون المصرى مثل قانون الاشتباه ومعتادى الإجرام؛ أو القانون الدولى فيما يسمونه جرائم الحرب، ولكننا لا نرى ذلك وليس من حقنا أن ننسب إلى الشريعة أنها سبقتهم إلى هذا الاستثناء. بل إننا نرى أن الشريعة والالتزام بمبادئها الأصولية يغنيا عن الجرى وراء مثل هذه المحدثات الوضعية التى استخدمتها الأهواء والمطامع السياسية؛ وخاصة إذا كان النص القرآنى صريحاً مثل قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ - فما لا يجوز خالق الكون لا يمكن أن نجيزه للبشر .

الخلاصة أن مبدأ عدم رجعية العقوبات الجنائية يجب أن يلتزم به بعدّه مبدأ عاماً مطلقاً، وأن ما يعدّه البعض استثناء عليه يرجع إلى وجوب مراعاة آثار مبادئ عامة أخرى لها أهميتها ويكون مفعولها موجبا لوضع حد لنطاق تطبيق هذا المبدأ. فهى ليست فى نظرنا استثناءات عليه بل حالات تستوجبها مبادئ شرعية أو قواعد أخرى يجب احترامها .

الفصل الثالث

في سريان النصوص الجنائية على المكان

٢٠٩ - فصل الشريعة عالمية أم إقليمية ؟ : الأصل في الشريعة الإسلامية أنها شريعة عالمية لامكانية، جاءت للعالم كله لا لجزء منه، وللناس جميعا لا لبعضهم؛ فهي شريعة الكافة لا يختص بها قوم دون قوم، ولا جنس دون جنس، ولا قارة دون قارة. وهي شريعة العالم كله، يخاطب بها المسلم وغير المسلم، وساكن البلاد الإسلامية. وساكن البلاد غير الإسلامية، لكن لما كان الناس جميعا لا يؤمنون بها، ولا يمكن فرضها عليهم فرضا، فقد قضت ظروف الإمكان ألا تطبق الشريعة إلا على البلاد التي يدخلها سلطان المسلمين دون غيرها من البلاد. وهكذا أصبح تطبيق الشريعة الإسلامية مرتبطا بسلطان المسلمين وقوتهم؛ فكلما اتسعت الأقاليم التي يتسلط عليها المسلمون اتسع نطاق تطبيق الشريعة، وكلما انكمش سلطانهم انكمشت الحدود التي تطبق فيها الشريعة. فالظروف والضرورة هي التي جعلت من الشريعة الإسلامية شريعة إقليمية وإن كانت الشريعة في أساسها شريعة عالمية، ولهذا نستطيع أن نقول : إن الشريعة الإسلامية في أساسها شريعة عالمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العلمية، ولكنها في تطبيقها شريعة إقليمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العملية.

٢١٠ - تقسيم العالم : وقد نظر الفقهاء إلى هذا الاعتبار حين قسموا العالم كله إلى قسمين لا ثالث لهما : الأول يشمل كل بلاد الإسلام، ويسمى دار الإسلام، والثاني يشمل كل البلاد الأخرى، ويسمى دار الحرب؛ لأن القسم الأول يجب فيه تطبيق الشريعة الإسلامية، أما القسم الثاني فلا يجب فيه تطبيقها - ٣٢٩ - لعدم إمكان هذا التطبيق.

المصدر تعليق "رقم-٣٢٩-": عدم إمكان التطبيق حال كونها دار حرب لا يمنع من وجوب التطبيق مع إمكان جعلها من بلاد الإسلام. فالواجب جعل جميع بلاد العالم بلادا إسلامية وتطبق فيها أحكامه.

الشاوي رأينا في "تعليق-٣٢٩-": مجرد افتراض لإحلاله في نظرنا.

إن فقيهما يستعمل بعض العبارات التي جرى على استعمالها بعض الفقهاء المتأخرين الذين قالوا إن الأحكام الجنائية الشرعية واجبة التطبيق في البلاد "التي تخضع لسلطان المسلمين"⁽¹⁾ ... في حين أننا نفضل القول بأن البلاد التي تطبق الشريعة وتخضع لسيادتها، وهذا التعريف أكثر مرونة ودقة في نظرنا؛ لأن بعض بلاد المسلمين الآن أصبحت تنتكر سيادة الشريعة ولا تلتزم السلطات فيها بأحكامها ...

* * *

إنني لأوافق على القول بأن العالم يشمل قسمين لثالث لهما⁽²⁾ "دار الإسلام ودار الحرب". وهذا قول - كما قدمنا سابقاً - يتجاهل القسم الثالث وهو "دار العهد" الذي يشمل البلاد غير الإسلامية التي يكون بينها وبين المسلمين عهود مسالمة؛ وهذا القسم أصبح الآن يضم جميع بلاد العالم التي تعاهد معها المسلمون بعهود جماعية مثل ميثاق الأمم المتحدة فضلاً عن العهود الثنائية وخاصة فيما يتعلق بالتمثيل السياسي والاتفاقات الإقليمية والتجارية وما إليها ...

إذا كان التقسيم ثنائياً فإن المنطق يوجب أن يكون المقابل لدار الحرب دار السلم التي تشمل كل البلاد المسالمة للأمة الإسلامية؛ وهي تضم حالياً جميع دول العالم التي لا توجد في حالة حرب مع المسلمين .

إن تجاهل هذا القسم المهم قد أدى ببعض إلى تطبيق ما قاله فقهاؤنا عن دار الحرب على العالم غير الإسلامي كله مما يتناقض مع الوضع الحالي؛ إذ أصبح كثير من المسلمين يجدون من الأمن والأمان وحسن المعاملة في بعض البلاد الأجنبية التي يلجئون إليها ويجدون في قوانينها الوضعية ما هو أقرب لمبادئ شريعتنا من القوانين الوضعية التي تفرضها سلطات الجور وحكام البغي في بعض بلاد المسلمين التي تعلن صراحة أنها لا تلتزم بأحكام شريعتنا .

(1) البند 209 .

(2) البند 210 .

٢١١- دار الإسلام : تشمل دار الإسلام البلاد التي تظهر فيها أحكام الإسلام (١) أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام (٢) فيدخل في دار الإسلام كل بلد سكانه كلهم أو أغلبهم مسلمون، وكل بلد يتسلط عليه المسلمون ويحكمونه ولو كانت غالبية السكان غير المسلمين، ويدخل في دار الإسلام كل بلد يحكمه ويتسلط عليه غير المسلمين مادام فيه سكان مسلمون يظهرون أحكام الإسلام، أو لا يوجد لديهم ما يمنعهم من إظهار أحكام الإسلام. وسكان دار الإسلام نوعان : مسلمون، وهم كل من آمن بالدين الإسلامي وذيّون، وهم غير المسلمين الذين يلتزمون أحكام الإسلام، ويقيمون إقامة دائمة في دار الإسلام، بغض النظر عن معتقداتهم الدينية. فيصح أن يكونوا مسيحيين ويصح أن يكونوا يهوداً، ويصح أن يكونوا مجوساً أو صابئة، أو عباد ما استحسن أو ممن لا يدينون بدين - ٣٣٠ - . وسكان دار الإسلام جميعاً مسلمين وذيّين معصومو الدم والمال؛ لأن العصمة (٣) في الشريعة تكون بأحد شيئين : الإيمان، والأمان. ومعنى الإيمان الإسلام، ومعنى الأمان العهد، ويكون بعقد الدمة، وبالوادعة والهدنة، وما أشبه. فمن آمن برسالة محمد أي : أسلم فقد عصم دمه وماله بالإسلام، لقوله عليه السلام: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها". ومن دخل في أمان المسلمين بعقد من عقود الأمان فقد عصم دمه وماله بالأمان، ولو بقى على غير دين الإسلام - ٣٣١ - . فسكان دار الإسلام من المسلمين معصومو الدم والمال بإسلامهم، وسكان دار الإسلام من الذميين معصومو الدم والمال بأمانهم (٤).

تعليق "رقم - ٣٣٠ -" : الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري هو اختصاص أخذ الجزية بأهل الكتاب، ولا يباح لغربهم السكنى في بلاد المسلمين ولو مع دفع الجزية.

تعليق "رقم - ٣٣١ -" : "ولكن لا يسمح له بالبقاء الدائم، إذ لا يجوز لغير المسلم السكنى في بلاد المسلمين إلا الكتابيين إذا التزموا بشروط الدمة والتزموا بشرائطها، وإنما يحق لآحاد المسلمين إعطاء أمان مؤقت لا أمان دائم يبيح الإقامة في البلاد الإسلامية. وهذا الأمان المؤقت هو الأمان المذكور في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون﴾ [التوبة : ٦] . =

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٠.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٠٤.

(٣) العصمة معناها : عدم الإباحة، فمن كان معصوم الدم والمال فهو غير مباح الدم والمال.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٢، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١، أسنى المطالب ج ٤ ص ٢١٨، الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦٣٠.

عنده والأمان في الشريعة الإسلامية على نوعين: (١) أمان مؤقت، وأمان مؤبد فالأمان المؤقت ما كان محدوداً بأجل كالمهادنة، وكالإذن بدخول دار الإسلام لأجل معين. والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل ينتهي به، ولا يكون إلا بعقد الدمة، ولا يتمتع به إلا الذميون- ٣٣٢- الذين يقيمون إقامة دائمة بأرض الإسلام، وعليهم في مقابل هذا الأمان الدائم التزام أحكام الإسلام (٢)- ٣٣٣-.

= وأما الأخبار الدالة على أن لأحد المسلمين إعطاء الأمان فالمراد منها هو الأمان المؤقت، وهي ظاهرة في ذلك، وإن لم تكن ظاهرة في ذلك فهي محملة وتفسيرها الآية المباركة وتكشف عن اختصاصها بالأمان المؤقت الذي هو المتيقن منها.

الشافعي رأينا في "التعليق- ٣٣٠،- ٣٣١-": سبق اعتراضنا على قوله بأن أهل الأديان الأخرى غير اليهود والنصارى لا يجوز إقامتهم في دار الإسلام... وأشرنا إلى ماقرره دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية بشأن الزرادشتيين.

الصدر تعليق "رقم- ٣٣٢- الذميون الذين يؤخذ منهم الجزية هم أهل الكتاب من اليهود والنصارى وقد اختلفت آراء المذهب الجعفرى في الخووس وهل يصح أخذ الجزية منهم أو لا يصح ولا يقرون على دينهم، والمشهور كونهم من أهل الدمة، ويستندون في ذلك إلى الخبر المروى عن الإمام أمير المؤمنين على (ع) أنه كان لهم كتاب أحرقوه ونبي قتلوه.

الشافعي رأينا في "التعليق- ٣٣٢-": تؤيد قوله بشأن الخووس. أما القول بأن غير المسلم (وغير العربي) أى الأجنبى غير المواطن، لا يحق له الإقامة في دار الإسلام إلا بصفة مؤقتة، فلا نوافق عليه، لأن مثل هذه المسائل يحكمها مبدأ المعاملة بالمثل وتنظيمها المعاهدات الدولية. ولذلك يجب التمييز بين المعاهد وغيره، فليس كل الأجانب محاربين كما يفهم من قوله.

فإذا كان هناك بلد أجنبى يسمح لمواطنينا بالإقامة الدائمة أو كانت هناك معاهدات أو أعراف دولية تبيح لغير المواطنين الإقامة في دولة ما، فلانرى مانعا شرعيا من أن تسمح دولنا لمواطنيها الأجانب بالإقامة الدائمة - كل ما هنالك أن للدولة في كل وقت أن تطرد الأجنبى من بلادها إذا كان وجوده يسبب لها ضررا. فالأمر يرجع لمصلحة الدولة ...

الصدر تعليق "رقم- ٣٣٣-": لا يلزم الذمى بكل أحكام الإسلام، وإنما يلزم بعدم التعرض للمسلمين نفسا ومالا وعرضا وعقيدة، ولا يعين عدوهم عليهم ولا يكون عينا عليهم ولا يؤذى في بيته عينا لخصومهم ولا يتجاهر بالمسكرات ولا ببقية المحرمات في شرع الإسلام كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير وأكل الربا والزواج بالمحارم.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٦، أسنى المطالب ج ٤ ص ٢١٠، مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٦٠، ٣٦٤، وما بعدها، الفقى ج ١٠ ص ٥٧٨.

(٢) لا يلزم الذمى بكل أحكام الإسلام، وإنما يلزم فقط بما لا يعارض مع معتقده الدينى، فيؤخذ بأحكام الإسلام في ضمان النفس والمال والعرض، وتقام الحدود عليهم فيما يعتقدون تحريمه كالسرقة دون ما يعتقدون حله كشرب الخمر (راجع الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦١١، وبدائع الصنائع ج ٧ ص ١١١ وما بعدها).

= {الشافعي} رأينا في "التعليق-٣٣٣-": "لأنه لا يوافق على قول السيد الصدر باعتراضه على مقاله ففيها

بشأن التزام المقيمين في دار الإسلام بشريعته، لأنه إذا كانت هناك استثناءات لصالحهم فهي مقررّة في الشريعة ولا يتعارض تطبيقها عليهم مع مبدأ التزامهم بها، بل هو تطبيق كامل لها.

يجب أن نلاحظ أن دخول الأجنبي في أمان المسلمين لم يعد أمراً استثنائياً، أو فردياً، بل إنه يجب التفرقة بين المعاهدين والمخاربين. والأصل الآن في جميع أنحاء العالم أن هناك معاهدات جماعية أو ثنائية تنظم هذه الأمور، وطبقاً لهذه المعاهدات يكون جميع المعاهدين مستأمنين من حيث المبدأ، طالما حصل على الإذن بالدخول (التأشيرة) - كل ما هنالك أنه يلتزم بالشروط التي تفرضها التأشيرة التي حصل عليها.

أما ما يسمى الحرب فهو من كانت دولته في حالة حرب فعليه مع دولتنا.... وليس كل أجنبي أو غير مسلم حربياً في عصرنا الحاضر لأن الحرب حالة استثنائية مؤقتة بين الدول.

فيها الشريعة أم تقتصر على التي تلتزم بها

يسرنا أنه استشهد بأقوال الفقهاء الذين وصفوا دار الإسلام بأنها هي التي تظهر فيها أحكام الشريعة أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام⁽¹⁾، فلا يصح أن توصف الدول بأنها إسلامية إذا كانت سلطاتها المسيطرة عليها تعلن تنكرها للشريعة أو تُمَلِّم المطالبة بها حركات معارضة محظورة يُضطهد من يعلنها أو يتمسك بها، ولا يكفي الاعتماد على أن أغلب سكانها مسلمون.

ويؤيد رأينا أنه عاد إلى تعريف دار الإسلام بأنها دار أمن وسلام للمسلمين⁽²⁾، وأظن أنه لو عاش معنا الآن لوجد أن أمثاله من دعاة الإسلام لا يشعرون بأى أمن "في بعض بلاد المسلمين" ويضطرون للهجرة منها إلى بلاد العهد التي تؤويهم وتوافر لهم أمناً أكثر مما يجدونه في بعض الدول التي يكون سكانها كلهم أو أغلبهم مسلمين أو التي تعلن أن دينها هو الإسلام ويخشون أن يصيبهم فيها ما أصابه هو من بغى وظلم وقتل بدون مسوغ.

كما أنه وصف دار الإسلام وصفا دقيقا عندما قال: إنما البلاد التي يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام⁽³⁾ ولا يمنعهم من ذلك مانع. وقد يفهم من ذلك أن بلاد المسلمين التي لا تطبق فيها أحكام الشريعة أو يحرم فيها المطالبة بذلك، لا يصح وصفها بأنها دار الإسلام.

وقد انتقدنا القول بأن على الأفراد واجب إقامة الحدود إذا لم تقم بذلك الحكومات⁽⁴⁾، والأصح القول بأن عليهم أن يغيروا الحكومات التي تنكسر للشريعة في حدود إمكاناتهم؛ وأن يتولى الفقهاء إرشادهم إلى الطريق الصحيح لذلك، وهو الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة، ويتحملون في سبيل ذلك ما يفرضه عليهم حكام السوء من قمع واضطهاد بدلا من مطالبتهم الأفراد بإقامة الحدود بدون قضاء إسلامي مستقل يتولى ذلك في محاكمات عادلة. لاشك في أنه ضحى بحياته في هذا السبيل الذي يدعو لتطبيق الشريعة؛ ونعترف له بأنه لم يسر في طريق مشاركة المستبدين وممالاتهم كما يفعل بعض "فقهاء السلاطين" في كل زمان ومكان، ويشارك فيه السليبيون الذين يستسلمون للبغي الذي تمارسه قوى أجنبية أو حكومات وطنية أو محلية مستبدة.

إننا نرى أن الشريعة تُحرِّم الاستسلام لحكام الجور والبغي، لأن استسلامهم يشجع الظالمين على مواصلة البغي والظلم والتمادى فيه وزيادته. كما أننا لانرى أن علاج هذه الحال يكون بقيام الأفراد بتنفيذ الحدود دون وجود قضاء شرعي مستقل يلتزم بإجراء محاكمات عادلة نزيهة.

(1) البند (211).

(2) البند (211) والبند (218).

(3) بداية البند (220).

(4) نهاية البند (218).

٢١٢ - دار الحرب : وتشمل دار الحرب كل البلاد غير الإسلامية التي لا تدخل تحت سلطان المسلمين. أو لا تظهر فيها أحكام الإسلام، سواء كانت هذه البلاد تحكمها دولة واحدة أو تحكمها دول متعددة، ويستوى أن يكون بين سكانها المقيمين بها إقامة دائمة مسلمون أو لا يكون، مادام المسلمون عاجزين عن إظهار أحكام الإسلام. وسكان دار الحرب على نوعين : فهم إما حريون وإما مسلمون : فالحريون هم سكان دار الحرب الذين لا يدينون بالإسلام، ويقال لأحدهم حربي. والحريون غير معصومين، فدماؤهم وأموالهم مباحة ما لم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد أو هدنة؛ لأن العصمة في الشريعة لا تكون كما قلنا إلا بأحد شيئين: بالإيمان أو الأمان. وليس للحريين إذا لم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد، أن يدخلوا دار الإسلام، فإذا دخلها أحدهم فهو مباح الدم والمال، ويجوز قتله ومصادرة ماله، كما يجوز أسره والعفو عنه. وإذا دخل الحربي دار الإسلام بإذن أو أمان خاص أو بناء على عهد فهو مستأمن، والمستأمن يعصم دمه وماله عصمة مؤقتة؛ لأن أمانه مؤقت لا دائم. وله أن يقيم في دار الإسلام المدة التي يستأمن فيها معصوم الدم والمال. فإذا انتهى أمانه عاد حربيا كما كان مهدر النفس والمال إذا ترك دار الإسلام، أما إذا بقي فيها مختارا فيرى البعض أنه يصبح حربيا-٣٣٤-، ويرى البعض أنه يصبح ذميا-٣٣٥- باختياره البقاء في دار الإسلام، ويصير معصوما عصمة مؤبدة.

المصدر تعليق "رقم-٣٣٤-": وهو الرأي الراجح عندنا، إذ ليس الحربي إلا من لم يكن مسلما ولا ذميا ولم يدخل في أمان المسلمين. ومن البديهي كون الحربي الباقي في بلاد المسلمين مجتمع فيه الأوصاف الثلاثة.

الشاوي رأينا في "التعليق-٣٣٤-": يفتح باب التوسع في صفة الحربيين لتشمل جميع الأجانب، وفي فكرة الإهدار بالمعنى الذي التقدها، وهو اتجاه يتعارض مع رأينا بشأن زوال صفة المحاربين في العصر الحاضر، إذ أصبح العالم كله معاهدا وما قبلناه مرارا من أن الإهدار لا يعني استباحة دم إنسان لكل من هب ودب.

المصدر تعليق "رقم-٣٣٥-": مر علينا قريبا أن غير الكتابي لا يكون ذميا وأن الكتابي إنما يكون ذميا إذا التزم بشرائط الذمة، وليس مجرد السكنى في بلاد المسلمين سببا لصيرورة الإنسان ذميا كما مرت الإشارة إلى ذلك قريبا.

الشاوي رأينا في "تعليق-٣٣٥-": يكرر ما التقدها في تعليقاتنا السابقة... فالذمة مواطنة كاملة للفرد في الدولة التي يحمل جنسيتها، لأنها علاقة سياسية بين الفرد والدولة التي يتنسب إليها بصرف النظر عن ديانته.

عزده

أما المسلم الذي يسكن دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام أصلاً، فهو عند مالك والشافعي وأحمد كأى مسلم من أهل دار الإسلام، يعصم إسلامه دمه وماله -٣٣٦-، ولو أنه مقيم في دار الحرب ومهما طال إقامة، وإذا أراد دخول دار الإسلام لا يمنع منها. بينما يرى أبو حنيفة أن المسلم المقيم في دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام غير معصوم بمجرد إسلامه؛ لأن العصمة عند أبي حنيفة ليست بالإسلام وحده وإنما يعصم المسلم عنده بعصمة الدار ومنعة الإسلام المستمدة من قوة المسلمين وجماعتهم، والمسلم في دار الحرب لامنة له ولا قوة فلا عصمة له، ولكن له أن يدخل دار الإسلام في أى وقت فإذا دخلها استفاد العصمة (١). وكما يُعَدُّ الحربى مباح الدم إذا دخل (دار الإسلام) دون إذن، فكذلك يُعَدُّ المسلم والذمى مباحى الدم للحريين إذا دخل كلاهما دار الحرب دون إذن أو أمان، فإذا دخل ياذن أو أمان سمي كلاهما مستأمناً على أن تكون إقامته مؤقتة، وله أن يرجع إلى دار الإسلام في أى وقت شاء. فإذا رأى المسلم أن يبقى بصفة دائمة في دار الحرب فذلك لا يغير من أمره شيئاً مادام باقياً على إسلامه، فإن خرج عن إسلامه سار حربياً، وإذا أراد الذمى أن يقيم إقامة دائمة في دار الحرب انقلب حربياً. وإذا تزوج المسلم أو الذمى حربية أو مستأمنة فإنها تصبح بالزواج ذمية -٣٣٧-.

أما إذا تزوج الحربى المستأمن من ذمية فإنها لا تصبح بزواجه حربية، كما أنه لا يصبح ذمياً بزواجها على الرأى الراجح، وإذا تزوج المستأمن مستأمنة ثم أصبح ذمياً أصبحت مثله ذمية (٢) -٣٣٨-.

التعليق "رقم-٣٣٦-": وهو الرأى الراجح عندنا، فإن السكنى في دار الحرب لا يخرجها عن الإسلام الموجب للعصمة.

التعليق "رقم-٣٣٧-": إذا التزمت بشرائط الذمة.

التعليق "رقم-٣٣٨-": إذا التزمت بشرائط الذمة.

وأما في "التعليقات-٣٣٦-، -٣٣٧-، -٣٣٨-": أشرنا من قبل إلى أن العصمة حق إلزامى لجميع البشر - فلا نوافق على ما يفهم في التعليق ولا في المتن من أن العصمة خاصة بالمسلمين أو الذميين.

لقد سبق أن قلنا بأن صفة الإنسانية توجب العصمة بذاتها ولا يجوز ربطها بالاعتبارات العقيدية أو المكانية، ولذلك لا نوافق على ما قاله في التعليق رقم ٣٣٦ من أن الإسلام وحده هو الموجب للعصمة، كما لم نوافق على ما نسبته فقيهاً لأبي حنيفة من أن العصمة، سببها الدار (أى الموطن) ولا ما قاله عن تأثير الزواج وأقره السيد الصدر في التعليقين رقم ٣٣٧ و ٣٣٨.

(١) بدائع الصانع ج ٧ ص ٢٥٢.

(٢) البحر الرائق ج ٣ ص ١٠٢.

أشرنا إلى أن القول بأن "كل البلاد غير الإسلامية هي دار حرب" - قول غير صحيح ولا يجوز إطلاقه بهذه الصورة، التي تتجاهل العهود والعقود التي تربط المسلمين بالدول الأخرى، والتي تجعلها "دار عهد" أو دار سلم ويصبح جميع مواطنيها معاهدين . وقد قلنا إن العالم كله أصبح الآن دار عهد .

ولا يجوز أن توصف دولة غير إسلامية بأنها دار حرب إلا في حالة وجود حرب بينها وبين المسلمين، وفي فترة الحرب، وفي نطاق قانون الحرب الذي يقوم على مبدأ المعاملة بالمثل: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ مَا مِثْلُ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 194].

ونكرر قولنا: إن دار الإسلام لا تشمل إلا البلاد التي تعلن السلطات المسيطرة عليها بأنها تطبق شريعتنا وتخضع لها وتلتزم بها. فدار الإسلام معرضة للانكماش مثل دار الحرب في عصرنا الحاضر، والذي يتسع هو دار العهد أو دار السلم التي تشمل الآن جميع بلاد العالم . يجب تطبيق مبادئ شريعتنا بشأن تعريف دار الإسلام بأنها هي الملتزمة بشريعتنا، وتعريف دار الحرب بأنها التي لا يكون بينها وبين المسلمين عهد، أو تكون في حالة حرب فعلا مع "دولة إسلامية" بالمعنى الصحيح .

لا يجوز وصف كل من يحمل جنسية أجنبية بأنه حربي، ولا ينطبق على كل أجنبي أحكام الفقه بشأن "الحريين". ومن حسن الحظ أنه أضاف تحفظا حين قال: إن "الحربي" يكون "غير معصوم" إذا لم يكن بين دولته وبين دار الإسلام عهد أو هدنة. ثم كرر ذلك حين قال: إن من سماهم الحريين ليس لهم أن يدخلوا دار الإسلام إذا لم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد ... ص (ب/ 355).

* * *

ثم إن قوله بأن "الحريين" غير معصومين يجب أن يراعى فيه ما قلناه عن أن عدم العصمة لا يميز للأفراد قتل من وصقهم بأنهم قد "أهدرت دماؤهم"؛ خصوصا إذا لاحظنا أنه واصل منطقته حتى قال: إن المسلم والذي يكونان مباحي الدم إذا دخلا دار الحرب دون إذن أو أمان، أي أنه يسمح أيضا "للحريين" إهدار دم المسلم أو الذمي في الحالة التي أشار إليها. والصواب أن الإهدار حكم شرعي يطبقه القضاء لا الأفراد .

العصمة حق إنساني لكل بني آدم - ولا يجوز إهدارها إلا بحكم القضاء

أو دفاعا عن النفس في حالة الحرب :

إننا نتحفظ على هذه الأقوال⁽¹⁾ التي تؤدي إلى إباحة الاعتداء على حقوق الإنسان التي حصنتها شريعتنا؛ مثل حقه في الحياة وسلامة جسمه وبدنه، وهي في نظرنا حقوق قدستها شريعتنا بدليل أنها فرضت للعقاب عليها عقوبة القصاص التي قصد بها المشرع في نظرنا حماية حق الإنسان في حياته وسلامة بدنه، وهي الحماية التي نعدها أساسا لنظرية شرعية عامة في ضمان حقوق الإنسان وحمايتها من المساس بها إلا بحكم قضائي تنفذه سلطة شرعية. وعلى ذلك فإننا لانسوغ قيام فرد بقتل أي إنسان سواء كان حريبا أو ذميا أو مستأمنا أو مسلما بحجة إقامة الحد عليه أو بحجة أنه غير معصوم، لأن جميع الناس معصومون بصفتهم بشرا متساوين في "الحقوق الإنسانية" - ولذلك فإننا نرى أن إقامة الحدود من اختصاص القضاء الملزم بالشريعة دون غيره .

إن الأقوال التي بُنيت على الفراض وجود حالة حرب دائمة بين المسلمين وغيرهم قد فلت أوثها، والقول بذلك غير صحيح حاليًا ولا نقره إلا بالنسبة للمحاربين المقاتلين من الأعداء في أثناء الحرب. أما مجرد الانسحاب إلى دولة غير إسلامية أو معادية فلا يحرم الفرد من الحماية التي قررناها شريعتنا لحقوق الإنسان، إلا حين تثبت مشاركته في العدوان علينا؛ ومن باب أولى لا يُعدّ الأجنبي محاربًا إذا كانت الدولة التي ينتسب لها معاهدة أو مسالمة للمسلمين وليست محاربة. وقد بينا أن جميع دول العالم الموقعة على الميثاق الدولية (مثل ميثاق الأمم المتحدة وغيرها من المعاهدات الجماعية) هي دول معاهدة ومسالمة ولا يصح وصفها بأنها "دار حرب" ولا يجوز بالتالي القول بعدم عصمة رعاياها أو حرمانهم من الحقوق الإنسانية التي قدستها شريعتنا وتحرم كل عدوان عليها ...

ومن باب أولى، لا يجوز أن نقر ما ينسب لأبي حنيفة من أن المسلم المقيم في بلد أجنبي ولم يهاجر لدار الإسلام يكون غير معصوم بحجة أنها دار حرب، أو أن المسلم في أي بلد أجنبي لا عصمة له ... ولا القول بأن كل بلد سكناها غير مسلمين هي دار حرب، دون أن تكون بينها وبين المسلمين حرب فعلية .

(1) يراجع تعليقنا على البند (373) وما بعده.

٢١٣ - مدى إقليمية الشريعة : رأينا فيما سبق أن الشريعة في أصلها عالمية، وأن الظروف قصت من الناحية العملية بأن تكون إقليمية فلا تطبق إلا على دار الإسلام. وقد بقي أن نعرف مدى هذه الإقليمية. فهل تطبق الشريعة على كل سكان البلاد الإسلامية أم تطبق على بعضهم دون البعض الآخر ؟ وإذا طبقت الشريعة على الجرائم التي تقع في دار الإسلام، فهل تطبق على ما يتركبه أهل هذه الدار من جرائم أثناء وجودهم في دار الحرب ؟

الأصل في الشريعة الإسلامية أنها تسرى على كل من يقيمون في دار الإسلام مهما تعددت حكوماتها واختلفت نظم الحكم فيها، فيستوى أن تكون البلاد الإسلامية خاضعة كلها لحكم دولة واحدة، كما كان الحال في عهد الدولة الأموية أو خاضعة لحكم دول متعددة كما هو الحال اليوم، وتسرى الشريعة على كل السكان سواء كانوا متقدمين أو متأخرين، يسكنون السهول والوديان أو الصحارى والجبال، ولا عبء باختلاف أديانهم أو لغاتهم أو أجناسهم. وعلى من يقيمون في دار الإسلام أن يلتزموا أحكام الشريعة لا في دار الإسلام فقط، بل وفي خارج دار الإسلام.

فالمبدأ الشرعي العام إذن، هو سريان الشريعة على الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام أيا كان مرتكبها، وعلى الجرائم التي ترتكب في دار الحرب من مقيم في دار الإسلام. وأساس هذا المبدأ العام هو طبيعة الشريعة وظروفها، فهي شريعة عالمية كما قلنا، وهي بهذا الوصف واجبة التطبيق على كل جريمة تقع في أي بقعة من بقاع العالم، ولما كانت الظروف لا تسمح بتطبيق الشريعة إلا في بلاد الإسلام وعلى المقيمين بها، فقد اكتفى نزولا على حكم الظروف بتطبيق الشريعة على الجرائم التي تقع في دار الإسلام، ولو كان مرتكبها لا ينتمي لدار الإسلام؛ لأن تطبيق الشريعة ممكن في دار الإسلام على كل من يوجد في هذه الدار، واكتفى بتطبيق الشريعة على الجرائم التي تقع في دار الحرب من مقيم في دار الإسلام؛ لأنه من الممكن أن تطبق الشريعة على المقيمين في دار الإسلام وإن كان لا يمكن تطبيقها على دار الحرب.

هذا هو المبدأ العام في الشريعة الإسلامية، ولا خلاف عليه، ولكن الفقهاء اختلفوا في تطبيقه تبعا للاعتبارات المختلفة التي نظر إليها كل منهم عند التطبيق، وقد أدى هذا الخلاف إلى وجود ثلاث نظريات مختلفة عن سريان التشريع الجنائي على المكان.

الأصل في نظره أن الشريعة عالمية ويترب على ذلك أن يلتزم بها المسلم أينما كان، إلا إذا وجد مانع (خارج عن إرادته) يحول دون تطبيقها عليه كلها أو بعض منها . وهذا المانع يتوافر في حالة خضوعه لدولة لا تلتزم بالشريعة، أو لا تسمح له بالالتزام بها كلها أو تسمح له بالالتزام ببعضها (مثل أحكام العبادات والأحوال الشخصية) ولا تسمح له بالالتزام ببعض الآخر (مثل الأحكام المدنية أو الجنائية أو الدستورية مثلاً).

وهو يرى أن "الظروف العالمية والدولية لا تسمح بتطبيق الشريعة خارج نطاق إقليمي معين"؛ ولذلك فإن القاعدة الآن تقضى بأن يكون تطبيقها في نطاق إقليمي محدود هو دار الإسلام .

والإقليم الذي تطبق فيه شريعتنا هو دار الإسلام، وفي هذا الإقليم يخضع الجميع لها سواء كانوا مسلمين أم لا، وسواء كانوا ينتمون لدار الإسلام أم لدولة غيرها . وقد أضاف استثناء مقتضاه أن من يقيم في دار الإسلام إذا ارتكب جريمة في دار الحرب يمكن محاكمته والحكم عليه بمقتضى شريعتنا وإن كان هناك خلاف في مدى هذا الاستثناء وشروط تطبيقه .

ونحن نرى أن ما تضمنته بعض القوانين الوضعية من أن ذلك مشروط بعودة الجاني إلى دار الإسلام دون أن يحاكم أو يعاقب عن فعله في البلاد التي ارتكب فيها جرمته - قاعدة يوجبها تطبيق المبادئ الشرعية العامة .

عُودُهُ

٢١٤- النظرية الأولى : وصاحبها أبو حنيفة، ويرى أن الشريعة تطبق على الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام، أى مكان داخل في حدود الدولة الإسلامية، أيا كانت الجريمة، وسواء كان مرتكبها مسلما أو ذميا؛ لأن المسلم ليس له قانون غير الشريعة، ولا يجوز له أن يرضى لنفسه قانونا غيرها؛ ولأن الذمى التزم أحكام الإسلام التزاما دائما لقبوله عقد الذمة الدائم.

أما من يقيم إقامة مؤقتة في دار الإسلام فلا تطبق عليه أحكام الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حقا لله، أى تمس حقا للجماعة، وإنما يعاقب بمقتضى الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حقا للأفراد، وقد علمنا أن من يقيم إقامة مؤقتة في دار الإسلام يسمى المستأمن.

ويعلل أبو حنيفة إعفاء المستأمن بأنه لم يدخل دار الإسلام للإقامة، بل لحاجة يقضيها، كسجادة أو رسالة أو مجرد المرور، وليس في الاستئمان ما يلزمه بجميع أحكام الشريعة في الجرائم والمعاملات، بل هو يلزم فقط بما يتفق مع غرضه من دخول دار الإسلام، وبما يرجع إلى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد، فعليه أن يلتزم الإنصاف وكف الأذى، مادامنا قد التزمنا له بتأمينه بإنصافه وكف الأذى عنه. ولما كانت جرائم القصاص والقذف مما يتعلق بحقوق العباد ويمسها مساسا شديدا، فإن المستأمن يؤخذ بهاتين الجريمتين كما يؤخذ بغيرهما من الجرائم التي تمس حقوق الأفراد كالغصب والتبديد، أما ماعدا ذلك من الجرائم التي لا تمس حقوق الأفراد فلا يسأل عنها-٣٣٩-، ولا تلزمه عقوبتها، سواء كانت هذه العقوبات خالصة لله تعالى أو يغلب فيها حق الله تعالى كالزنا والسرقه^(١).

أما الجرائم التي يرتكبها مسلم أو ذمى خارج دار الإسلام فلا تطبق عليها الشريعة الإسلامية، سواء وقعت من شخص مقيم في دار الإسلام ثم سافر إلى دار الحرب وعاد، أو وقعت من شخص كان يقيم في دار الحرب ثم أقام بعد ذلك في دار الإسلام؛ لأن المسألة عند أبي حنيفة ليست مسألة التزام المسلم أو الذمى بأحكام الإسلام،

الصدر

تعليق "رقم-٣٣٩-": كيف لا يسأل عنها ياترى، ومادل على حرمة هذه الجرائم ولزوم العقوبة عليها شامل بإطلاقه له، وعلى ولى الأمر تنفيذ الحدود على من يقدر عليه، والمستأمن بعد دخوله دار الإسلام يكون الحاكم الشرعى قادرا على إقامة الحد عليه فيجب إقامة الحد عليه.

النشأ

رأينا في "التعليق-٣٣٩-" نؤيده في اعتراضه على القول الذى ينسبه فقيهنا لأبي حنيفة من عدم معاقبة المستأمن على الجرائم التي يصفها بأنها لا تمس حقوق الأفراد وكانت تمس حقوق الله أى حقوق الجماعة كالزنا والسرقه (مشيرا إلى فتح القدير ج ٤ ص ١٥٥ و ١٥٦).

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٥، ١٥٦.

عوضه أينما كان مقامه، وإنما هي واجب الإمام في إقامة الحد، ولا يجب على الإمام أن يقيم الحد أو العقوبة إلا وهو قادر على الإقامة؛ لأن الوجوب مشروط بالقدرة، ولا قدرة للإمام على من يرتكب جريمة في دار الحرب أثناء ارتكابها، فإذا اتعدت القدرة لم تجب العقوبة (١) - ٣٤٠ -.

ومعنى ماسبق أن القضاء بالعقوبة يقتضى الولاية - ٣٤١ - على محل الجريمة وقت ارتكاب الجريمة، ولا ولاية للدولة الإسلامية على محل ارتكاب الجريمة. ويترتب على ماسبق أنه لو دخل مكان الجريمة في ولاية الدولة الإسلامية بعد ارتكاب الجريمة فلا تطبق الشريعة على الجريمة - ٣٤٢ -؛ لأن الولاية كانت منعدمة وقت وقوع الجريمة. وإذا ارتكب المسلم أو الذمى جريمة في دار الإسلام وهرب منها إلى دار الحرب، فلا يسقط هربه العقوبة؛ لأن الفعل وقع مرجحاً للعقوبة، وكذلك حال المستأمن فيما يعاقب

الصدر تعليق "رقم - ٣٤٠ -": القدرة التي هي شرط لوجوب إقامة الحد هي القدرة على إقامة الحد ولو بعد الجريمة، لا القدرة على إقامتها حال الجريمة، وهذه القدرة متحققة بعد رجوع المجرم إلى دار الإسلام فيجب على الحاكم إقامة الحد عليه.

الصدر تعليق "رقم - ٣٤١ -": مر علياً قريباً أنه لا دليل على ذلك وإطلاقات الأدلة تنفيه.

الصدر تعليق "رقم - ٣٤٢ -": لازم الرأى الذى ذكرناه قريباً هو لزوم تطبيقها تمسكاً بإطلاق الأدلة كما مر علياً ذلك قريباً.

الشافى رأينا في "التعليقات - ٣٤٠ - و - ٣٤١ - و - ٣٤٢ -": نزيد اعتراضه على القول بأن الإمام لا يستطيع معاقبة من يرتكب جريمة في دار الحرب إذا دخل دار الإسلام بعد ذلك، استناداً إلى أن شرط التزام الإمام بمحاكمته مشروط بقدرته على من ارتكب الجريمة في دار الحرب أثناء ارتكابها - والأصح هو قول السيد الصدر، وهو أن شرط القدرة إذا كان قد توافر بعد ذلك بعد رجوع المجرم إلى دار الإسلام فهذا يكفي لالتزام الإمام بمعاقبته إذا كان لم يعاقب عليها في الخارج ولم يتم تسليمه. ويلاحظ أن القوانين الوضعية ذاتها - ومنها القانون المصرى - توجب محاكمة المجرم الذى يعود لأرض الدولة بعد ارتكابه جريمة في الخارج إذا كان لا يجوز تسليمه لأنه من المواطنين، ولم يكن قد عوقب عليها في البلد الذى وقعت فيه الجريمة، أو أى بلد آخر، ولم يتم تسليمه لمحاكمته في الخارج لأنه من الرعايا الذين لا يجوز تسليمهم (مسلمين أو ذميين...).

وفى رأينا أنه لا مجال للفرقة بين مائعة جرائم ماسة بالأفراد مباشرة، وغيرها من الجرائم، لأن جميع الجرائم تمس أمن المجتمع وسلامته فى نظرها ولو كانت فى نفس الوقت تمس حقاً فردياً... كل ما هنالك أن القصاص لا يمكن توقعه إلا فى حالة طلب المجنى عليه (أو ولى الدم فى حالة القتل).

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢، ١٥٣

عوده على ارتكابه من جرائم ، فإن عودته لدار الحرب لا تسقط عقوبته ، ولا تمنع - ٣٤٣ - من العقاب على جرمته (١).
 وإذا عسكر جنود الدولة الإسلامية في دار الحرب فكل جريمة وقعت في المعسكر تأخذ حكم الجرائم المرتكبة في دار الإسلام؛ لأن أرض المعسكر في حياة جند الدولة، وللدولة سلطان عليها، فيُعَدُّ المعسكر لهذا دار إسلام.
 أما الجرائم التي ترتكب خارج المعسكر، فتحكمها حكم الجرائم التي ترتكب في دار الحرب - ٣٤٤ - (٢).

الصدر تعليق "رقم - ٣٤٣ -": مع قدرة الحاكم على إقامة الحد.
الشأوى رأينا في "التعليق - ٣٤٣ -": يؤسفنا ما ذكره السيد الصدر من أن النقاش خاص بالحدود - مع أننا نرى أن الأصل في الجزاء الجنائي هو التعزير، وكل ما قلناه ونقول فيما بعد ينطبق على التعازير...
 ونحن نؤيد تحفظه في التعليق رقم - ٣٤٣ - بشأن معاقبة الحرى المستأنن الذي يرتكب جريمة في دار الإسلام ثم يعود لدار الحرب، إذ يرى السيد الصدر أن عودته لبلاده لا تسقط عقوبته، أي لا تمنع محاكمته عندنا طالما أن جرمته ارتكبت في بلادنا، ولم يحاكم عليها في الخارج. ويشترط السيد الصدر محاكمته في بلادنا القدرة عليه وذلك بطلب تسليمه لذلك، وهذا هو ما تقره القوانين الرضعية حاليا لأن الأصل هو اختصاص قضاء البلد الذي ارتكب فيه الجريمة.
الصدر تعليق "رقم - ٣٤٤ -": بل اللازم إقامة الحدود في ظرف القدرة على إقامتها لا إطلاق أدلتها وعدم المقيد لها.

الشأوى رأينا في "التعليق - ٣٤٤ -": يتفق مع مقالته في رقم - ٣٤٠ - إلى - ٣٤٢ - من أن القدرة اللاحقة لارتكاب الجريمة تكفي، وعودة الجاني إلى بلادنا تعطي الحق في محاكمته. كما أن رأى أبي حنيفة ذاته الذي أشار له فقيها في الصلب يؤيد محاكمة الجندي الذي ارتكب جريمة في الخارج بعد رجوعه لدار الإسلام، ولكننا نرى أن تكون عقوبته تعزيرية، أي أننا نؤيد تعليق السيد الصدر رقم - ٣٤٥ - لأنه يرجح أن العقوبة على الجرائم التي ترتكب في الخارج تكون تعزيرية دائما فقط، ونحن نصر على ذلك بحسبان أن الحدود عقوبات استثنائية، وتوجد شبهة في هذه الحالة لأن الجريمة وقعت في دار الحرب... وهي كافية لسقوط الحد والاكتفاء بالتعازير كما يفهم من الحديث الشريف المشار إليه في المتن، وقد أيده في التعليق التالي.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣١.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٢.

عوده ويرى أبو حنيفة أن الجرائم التي ترتكب من الجنود في أثناء الغزو لا تنفذ عقوباتها إلا بعد الرجوع لأرض الإسلام، لقوله عليه السلام: "لا تقطع الأيدي في الغزاة" (١) - ٣٤٥ -.

ويفرق أبو حنيفة - ٣٤٦ - في جرائم القتل بين عدة حالات: فإذا كان القتل قد أسلم وبقي في دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام فلا قصاص ولا دية إذا قتله مسلم

الصدر تعليق "رقم - ٣٤٥ -": الرواية مختصة بعد السرقة ولا تشمل بقية الحدود. ولقد استدال الشيخ أبو جعفر الطوسي على عدم تنفيذ جميع العقوبات أثناء الغزو بالإجماع ولما كان الجند الإسلامي المجاهد غالباً في أرض العدو فيمكن أن يستدل على هذا الحكم بالخبر المروي عن الإمام جعفر بن محمد (ع) أنه قال: (لا تقام الحدود بأرض العدو) ولكن هذا الحديث مختص بالحدود فلا يشمل التعزيرات.

الشاوي رأينا في "التعليق - ٣٤٥ -": يسرنا أنه يشير إلى التعازير، برغم أنه كما لاحظت من قبل يستند دائماً إلى الأخبار، وكان أولى في نظرنا.. أن تكون الإشارة إلى المبادئ العامة في الشريعة التي هي أساس جميع أحكام الفروع. ونؤيد القول بأن الحدود لا تقام بأرض العدو، فأساس قولنا هو المبدأ العام فإن العقوبات المقدرة حداً أو قصاصاً لها صفة استثنائية بحيث كما قلنا مراراً، وتسقط بالشبهة. والشبهة في هذه الحالة هي أن البلد الذي وقعت فيه الجريمة لا يطبق عقوبة القصاص التي قررناها شريعتنا جزاءً على الجرائم ضد حياة الأشخاص وسلامة أبادهم..

الصدر تعليق "رقم - ٣٤٦ -": لا يمكن الموافقة على هذا التفريق، لأن المسلم أينما كان في بلاد الكفر أو بلاد الإسلام فهو مسلم معصوم الدم يحرم قتله ويقتل قاتله، ولا فرق بين بقاء المسلم في دار الحرب أو دخوله إليها مستأمناً أو مكرهاً أسيراً فإن الأسر لا يبطل عصمة الأسير.

الشاوي رأينا في "التعليق - ٣٤٦ -": يعترض السيد الصدر على التفرقة التي نسبت للإمام أبي حنيفة بين حالات قتل المسلم في دار الحرب، ويرى أن قتل المسلم أينما كان يوجب القصاص. ونحن نرجح تصديق نطاق القصاص على النحو الذي ذهب إليه الإمام أبو حنيفة، على أن يكون مفهوماً أن الدية ليست إلا الحد الأدنى للتعويض - أو الضمان كما يقول هذا الرأي - وأن التعزير واجب في كل حالة يتعذر فيها القصاص أو يسقط الحق فيه لسبب أو لآخر.

ولا يفوتنا أن نذكر بأن ربط عصمة الدم بالإسلام غير وارد في نظرنا، لأن كل إنسان معصوم الدم بحكم تكريم الله لأدم وذريته دون حاجة للبحث في ديانه أو عقيدته...

ولذلك نقضل لو وجد رأي يسوي بين قتل المسلم وغير المسلم في العقوبة التعزيرية في جميع الأحوال، فيما عدا القصاص لأنه عقوبة استثنائية تسقط بالشبهة - وسنرى ذلك عند دراسة جريمة القتل في القسم الخاص...

ونرى أن هذا الرأي يرمي من الجدل الذي يشهده السيد الصدر في تعليقه - ٣٤٦ - حول التفرقة التي بينها فقهاء الإمام أبي حنيفة بشأن عدم وجوب القصاص أو الدية في تلك الجرائم، لأن النتيجة هي الاكتفاء بالتعزير على الرأي الذي رجحه الإمام الصدر في تعليقه السابق (رقم ٣٤٥) وأبداه.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٤

عوذه

أو ذمى من أهل دار الإسلام، وإذا كان القتل مسلما أو ذميا من أهل دار الإسلام دخل دار الحرب مستأنا فلا قصاص، لانعدام الولاية على محل الجريمة، ولكن يلزم القاتل بالدية. وإذا كان القتل قد دخل دار الحرب مكرها كالأسير فيرى أبو حنيفة أن لا قصاص ولا دية في قتله؛ لأن الأسر يبطل عصمة الأسير. ولكن محمدا وأبا يوسف يخالفان في هذا ويريان أن الأسر لا يبطل عصمة الأسير، وأن القاتل والمقتول من أهل دار الإسلام، فإذا لم يمكن القصاص لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها، فيلزم القاتل بالدية ضمنا عن القتل لأن ولاية الضمان ثابتة على متقاضين وقت التقاضى^(١).

ويجوز أبو حنيفة للمسلم والذمي إذا دخلا دار الحرب مستأنين أن يتعاقدا برأى مع حرى أو مع مسلم لم يهاجر إلينا، لأن الرأى إتلاف مال للحرى برضاه وهذا لا يتنافى مع عقد الأمان؛ لأن المسلم الذى لم يهاجر أمواله غير معصومة. ولأبي يوسف رأى مخالف في هذه النقطة-٣٤٧-، فهو يرى أن المسلم والذمي عليهما إذا دخلا دار الحرب أن يلتزما أحكام الإسلام، فلا يفعلا ما يحرمه ولو كان مباحا في دار الحرب، ومادام الرأى محرما بنصوص الشريعة فهو محرم في دار الإسلام وفي دار الحرب. ويفرق محمد بين المعاملة بالرأى مع حرى وبين المعاملة مع مسلم لم يهاجر إلينا، ويرى أن التعاقد بالرأى مع حرى في دار الحرب جائز للسبب الذى ذكره أبو حنيفة. أما التعاقد بالرأى مع مسلم لم يهاجر إلينا فهو غير جائز^(٢).

الصدر

تعليق "رقم-٣٤٧-": ورأيه هو الراجح لإطلاق الأدلة المانعة عن الرأى وعدم اختصاصها بحرمة الرأى مع المسلم في دار الإسلام، وجواز إتلاف مال الحرى وعدم كون مال المسلم غير المهاجر معصوما لا يقتضى جواز الرأى معه مع أن مادل على عصمة أموال المسلم وحرمتها عامة غير مختصة بكوله في دار الإسلام.

الشافى

رأينا في "التعليق-٣٤٧-": نؤيد السيد الصدر في شأن عدم إباحة الرأى الذى يرتكب في دار الحرب كما يقول أبو يوسف مخالفا لرأى إمامه أبى حنيفة النعمان. لكننا نشترط أن يوجد تقنين يجعله جريمة عندنا ويفرض عقوبة جنائية أو تعزيرية على ارتكابه، وإلا فإنه يكون معصية دينية يكفى فيها التعويض أو الضمان.

وعلى العموم، فإن القول بعدم عصمة المال في دار الحرب لانقره لأن الحق في المال كغيره من الحقوق الإنسانية لا يجوز في نظرنا إهداره أو القول بعدم عصمة المال في دار الحرب... لأننا نلتزم بالرأى الذى يقول: إن الحقوق الإنسانية كلها معصومة للناس جميعا في كل مكان في شريعتنا ولا يجوز إهدارها سواء في الداخل أو الخارج. سواء كانت حقوقا متعلقة بالحياة أو سلامة البدن أو حرمة المال.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٣.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٢.

عوده ومن المتفق عليه في مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز للمسلم والذمي أن يتعاقد أحدهما مع الآخر على الريا في دار الحرب، كما لا يجوز لهما ذلك في دار الإسلام فإن تعاقدًا في دار الحرب فلا عقاب لانعدام-٣٤٨- الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها، ولكن على أخذ الريا الضمان، أي رد ما أخذه ولو كان الآخر في دار الحرب؛ لأن الرد ليس عقوبة وتكفي فيه الولاية على المتقاضين وقت التقاضي. وإذا دخل المسلم أو الذمي دار الحرب مستأمنًا فأدان حربيًا أو أدانته حربي ثم خرج المسلم أو الذمي إلى دار الإسلام، وخرج الحربي إليها مستأمنًا، فإن القاضي لا يقضي لواحد منهما على صاحبه بالدين، وكذلك لو غصب أحدهما صاحبه شيئًا لا يقضي بالغصب لأن المدانية في دار الحرب وقعت هدرًا لانعدام ولايتنا عليهم-٣٤٩-، وانعدام ولايتهم في حقنا أيضًا-٣٥٠-، وكذلك الغصب؛ ولأن المدانية والغصب يصادف كلاهما مالا غير مضمون-٣٥١-، إذ الأصل أن مال أهل دار الإسلام مباح للحربي، ومال الحربيين مباح لأهل دار الإسلام. وإنما التزم المسلم أو الذمي بعقد الأمان أن يكف عن أذى الحربيين أثناء إقامته في دارهم، وأن ينصفهم، كما التزموا هم بعقد الأمان أن ينصفوا المسلم أو الذمي المستأمن وأن يكفوا عن إيلائه.

المصدر تعليق "رقم-٣٤٨-": انعدام الولاية حال الجريمة لامتنع من العقاب عليها لو تحققت الولاية بعد ذلك.

المصدر تعليق "رقم-٣٤٩-": انعدام ولايتنا عليهم لامتنع من القضاء بما حال تحقق الولاية.

المصدر تعليق "رقم-٣٥٠-": لاعلاقة لانعدام ولايتهم في حقنا بعدم الحكم بلزوم الغصب والدين حينما تتحقق ولايتنا عليهم.

الشاوي رأينا في "التعليقات-٣٤٨-،-٣٤٩-،-٣٥٠-": رأى السيد الصدر معارضا لما نسيه مؤلفنا للأحناف يتمشى مع قوله في رقم-٣٤٠- بأن الولاية اللاحقة تكفي، وكذلك في تعليقه رقم-٣٤٢- الذي أيدناه ومازلنا نؤيده.

المصدر تعليق "رقم-٣٥١-": كيف يكون مال المسلم مباحا للكافر باترى؟ ومجرد استباحتهم له لامتنع من الحكم عليهم بضمانه.

الشاوي رأينا في "التعليق-٣٥١-": وتعليق السيد الصدر يؤيد ماقررناه في مناقشتنا لرقم ٣٤٧ وهو عدم تأييدنا لأي قول يقصر عصمة المال أو الدم على إقليم دون غيره ولا على طائفة من الناس دون غيره. ونؤكد أن هذا المبدأ ليس مقصورا على عصمة مال المسلم، بل نرى أن العصمة حق إنساني للمسلم وغيره سواء في بلادنا أو غيرها - لا يتوقف على عقيدة الإنسان، ولا وطنه ولا الإقليم الذي يقيم فيه أو يغادره بحكم المساواة الإنسانية في الكرامة لجميع بني آدم بنص القرآن الكريم ذاته.

عَوْدَةٌ فإذا غصب أحد الطرفين الآخر شيئا فقد غصب مالا مباحا له-٣٥٢-، ولكنه حث بعهدته وغدر وأذى من تعهد بالكف عن إيذائه ولم ينصفه، والحث والغدر في ذاته ليس سببا لتحريم المال المباح-٣٥٣- أو تحليل المال المحرم. والحكم كذلك لو كانا حربيين أدان أحدهما الآخر في دار الحرب ثم خرجا إلى دار الإسلام مستأمنين فلا يقضى بينهما في الدين؛ لأنه لا ولاية لنا عليهم وقت الدين ولا وقت التقاضى-٣٥٤-، أما إذا خرجا إلى دار الإسلام مسلمين، فإن القاضى يقضى بينهما لثبوت الولاية عليهما وقت التقاضى (١).

وإذا غصب المسلم أو الذمى مسلما أو ذميا في دار الحرب أو أدانه فلا عقوبة على الغصب، ولكن يقضى بالدين وبضمان المغصوب. والعلة في امتناع العقاب هي انعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها، والعلة في القضاء بالدين والضمان هي قيام الولاية على المتقاضين وقت التقاضى.

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن الجرائم التي تقع في دار الحرب من مسلم أو ذمى على حربى لا يعاقب عليها، طبقا لرأى أبى حنيفة لانعدام الولاية-٣٥٥- على محل الجريمة وقت وقوعها. ولا تختص المحاكم في دار الإسلام بالنظر فيما يطلبه المجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى عن هذه الجرائم. وكذلك الحكم إذا كان المجنى عليه في حكم الحربى كالأسير المسلم أو المسلم الذى لم يهاجر إلى دار الإسلام.

الصدر تعليق "رقم-٣٥٢-": مال الحربى مباح للمسلم، وأما مال المسلم فلا يكون مباحا للحربى، ومجرد اعتقاده كونه مباحا له لا يمنع من ضمانه له واقعا والحكم عليه بالضمان.

الصدر تعليق "رقم-٣٥٣-": مر علينا قريبا أن مال المسلم لا يكون مباحا للكافر وإن كان في دار الحرب واعتقد الكافر بإباحته.

الشافى رأينا في "التعليقين-٣٥٢-، -٣٥٣-": مبدأ المساواة الإنسانية يوجب علينا الاعتراض على قول السيد الصدر "إن مال الحربى يباح للمسلم".

وعلى القول بأن العصمة مقصورة على مال "المسلم" دون غيره من البشر.

الصدر تعليق "رقم-٣٥٤-": تكفى الولاية حال التقاضى التي تصحح الحكم عليهما عند القاضى وإمكان إلزامهما بإطاعة الحكم، وهو حاصل بالنسبة إلى المستأمنين.

الصدر تعليق "رقم-٣٥٥-": مر علينا قريبا أن انعدام الولاية حال الجريمة لا يمنع من الحكم وإنزال العقاب مع تحقق العقاب وقت التقاضى.

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٢، ١٣٣.

عودة أما إذا كان المجنى عليه من أهل دار الإسلام فإن الجرائم لا يعاقب عليها أيضا لانعدام الولاية-٣٥٦- على محل الجريمة، ولكن المحاكم في دار الإسلام تختص بالنظر فيما يطلبه المجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالي عن الجريمة التي وقعت في دار الحرب، وعلى المحاكم أن تقضى بهذا الضمان ولو كان يُعَدُّ عقوبة من بعض الوجوه، كالدية فإنها تُعَدُّ تعويضا من وجه وعقوبة من وجه آخر. ومعنى ذلك أن المحاكم ممنوعة من توقيع العقوبات البتة، أما العقوبة التي فيها معنى تعويض المجنى عليه عما أصابه من الجريمة فلا تمنع منها؛ لأنها تحكم بما بحسبها ضمانا لا بحسبها عقوبة.

هذه هي نظرية أبي حنيفة في سريان الشريعة الإسلامية على المكان، وقد كان لرأيه في عدم سريان الشريعة على المستأمن أثر سعي على البلاد الإسلامية لأن رأيه اتخذ أساسا وسندا في منح الامتيازات الأجنبية للمستأمنين، أي من تسميهم اليوم بالأجانب، وكلنا يعلم مدى مفاسته البلاد الإسلامية وما تزال تقاسيه من آثار هذه الامتيازات التي منحت للأجانب وقت ضعفهم وقوة المسلمين؛ لتشجع الأجانب على دخول دار الإسلام، وتؤمنهم على أنفسهم وأموالهم، فأصبحت بعد ضعف المسلمين سببا لاستغلال المسلمين، وتضييع حقوقهم، واستعلاء الأجانب عليهم.

تعليق "رقم-٣٥٦-": مر آنفا ما فيه وما فيما بعده من الفروع. الصدر
 رأينا في "التعليقات-٣٥٤- إلى ٣٥٦-و-٣٥٨-و-٣٥٩-": مقاله السيد الصدر هو الشامى
 تأييد لما قاله قبل ذلك في أرقام -٣٤٠- إلى ٣٤٢- ثم ٣٤٨- إلى ٣٥٠- وأيدناه ومازلنا نؤيده لأن القدرة اللازمة هي التي تكون وقت المحاكمة لا وقت ارتكاب الجريمة.

عند عرض آراء الإمام أبي حنيفة نجده يشير إلى "ولاية الدولة"، وهذا يؤكد ما قلناه من أن تطبيق مبدأ الإقليمية يكون بمعرفة القضاء الذى يتحدد اختصاصه في نطاق إقليم الدولة التى يكون اختصاصه في حدود إقليمها والتى تنفذ أحكامه. صحيح أن القضاء في شريعتنا هو فرع من الهيئة التشريعية (هيئة الاجتهاد التى تمثل الأمة)، لكن تنفيذ أحكامه تقوم به السلطات التنفيذية للدولة، ولذلك فإن القاعدة هى أن ولايته في حدود إقليم الدولة الإسلامية .
ويلغ من دقة اجتهادات فقهاء أنه سبق النظم الحديثة إلى عدّ القواعد العسكرية جزءاً من إقليم الدولة التى ينتمى إليها الجيش الذى توجد عساكره فيها .

* * *

وكما قلنا بالنسبة لاعتراضنا على ما يسميه "إهدار دم الأشخاص" في حالات معينة، نقوله بالنسبة لما أشار إليه من "إهدار المداينة"، وما رتب عليها مما وصفه بأن "مال المسلمين" وأهل دار الإسلام مباح للحريين - ومال الحريين مباح لأهل "دار الإسلام"، لأنه قول يتعارض في نظرنا مع مبادئ الشريعة في حرمة مال الأفراد، التى نغذاً مثل حرمة دمايتهم وسلامة أبدانهم، فكلها من الحقوق الإنسانية التى تقديسها الشريعة وتحميها لجميع البشر دون استثناء. ولذلك، فإننا لا نقر ما ينسب إلى الإمام أبي حنيفة أو غيره من الفقهاء من القول بأن القضاء لا يقضى لأحد بدين التزم به فيما يسميه "دار الحرب" - بل ولا يضمن ما غصبه في إقليم دار الحرب ... استناداً إلى ما يسميه "إهدار المداينة" ...

إن نصوص القرآن التى تفرض عقوبة القصاص على من تعدى على حياة غيره أو سلامة بدنه، والآيات التى تعاقب السارق والسارقة، لا يقتصر تطبيقها على حكم فرعى بتوقيع تلك العقوبات الحديثة، بل إن لها مقاصد سامية أبعد من ذلك لأنها تقر حرمة دماء الأفراد وأبدانهم وأموالهم، وهذه الحرمة توجب حماية الدماء والأبدان والأموال لجميع البشر بحكم إنسانيتهم، وأن القضاء وحده هو الذى يحكم بإهدارها بعد محاكمة شرعية عادلة ونزيهة .

لقد أشرنا من قبل إلى أننا استنبطنا من آية الاستئذان نظرية تشريعية لحرمة أسرار الحياة الخاصة، ولأشك في أن حرمة دماء الناس وأبدانهم وأموالهم لاتقل أهمية عن ذلك، وأساسها هى النصوص القرآنية التى تفرض عقوبات مقدرة حداً أو قصاصاً على من يعتدى على تلك الحرمات .

الإهدار لا يعطى للأفراد حقاً في الاعتداء على غيرهم، لأن القضاء

وحده هو الذى له الحكم بالإهدار بعد محاكمة شرعية عادلة ونزيهة .

ونحن نشير إلى أن ما يسميه عالمية الشريعة إنما يُقصد به التزام الفرد الخاضع لها بأحكامها التكليفية ويعمل بها في كل مكان يوجد فيه طالما لا يوجد مانع قهري يحول دون ذلك؛ ويعبرون عن ذلك بأن التزامه بتطبيقها شخصي، ويصفون هذا النوع من الأحكام التكليفية بأنها "شخصية"، بخلاف الأحكام الجنائية التي لا تنطبق إلا بحكم قضائي في إطار إقليمي معين، فهي أحكام إقليمية لأنها تطبق على الأفراد في حدود إقليم معين بواسطة سلطات ذلك الإقليم.

وهو يشير إلى أن "الظروف العملية" أوجبت أن يكون تطبيق الشريعة "إقليمياً" في الأصل، وهذا هو المبدأ العام في الفقه. ومع ذلك فإن تطبيقه يؤدي إلى اختلاف الآراء في المذاهب المختلفة، بل في داخل كل مذهب كما يتبين من البنود التالية .

ونحن نسارع إلى القول بأن هذا التعدد في المذاهب والاختلاف في الآراء يؤكد ما نراه من ضرورة التقنين الشرعي حتى يعرف المكلف مقدماً الحكم الذي يطبق عليه .

والظروف العملية التي يشير إليها هي أن اختصاص القضاء إقليمي، وعلى ذلك فإن الأحكام التشريعية الجنائية التي يطبقها القضاء يجب أن يكون لها طابع إقليمي .

وإذا كان هذا يطبق على الأحكام الجزائية أو الوضعية لأن تطبيقها يكون عن طريق القضاء فإننا قد أشرنا إلى أن الشريعة تتميز بوجود ما يسميه فقهاؤنا أحكاماً تكليفية، وهي أحكام شخصية يلتزم الفرد بها مباشرة أينما كان دونما تدخل القضاء أو أى سلطة زمنية.

يجب أن نفرق بين ولاية القضاء وولاية الشريعة. فما قاله من أن الجرائم التي تقع من مسلم أو ذمي في دار الحرب على حربي لا يعاقب عليها - طبقاً لرأى أبي حنيفة - فيه تجاوز، لأن المقصود هو أن قضاء الدولة (الإسلامية) لا يختص بالحكم في هذه الجرائم لوقوعها في إقليم دولة أخرى، ولأن المجنى عليه من رعايا تلك الدولة فقضاؤها هو أولى بأن يفصل في هذه الجريمة. ونحن نرى ضرورة التفرقة بين اختصاص القضاء وتطبيق الشريعة أو ولايتها، ولذلك فإنه إذا فرض وأعطى للقضاء الإسلامي الاختصاص بنظر مثل هذه الجريمة التي وقعت في بلد أجنبي (يكون ذلك في حالة استثنائية وعلى سبيل التبادل غالباً) فإنه يطبق عليها أحكام الشريعة .

على العموم، فإن كل التفصيلات التي عرضها عن اختلاف الآراء في أثر إقليمية الشريعة بشأن تطبيق نصوصها الجنائية على ما يقع في "دار الحرب" لم يعد له تلك الأهمية التي تبرز الإفاضة في عرضها، لأننا سبق أن بينا أن ما يسمى "بدار الحرب" لم يعد له وجود في عصرنا بعد أن تعددت المعاهدات الجماعية والثنائية بين الدول الإسلامية وغير الإسلامية، ونتيجة لذلك فلا محل لوصف أى أجنبي بأنه "حربي" إلا في حالة وجود حرب فعلية، وفي أثناء الحرب فقط .

وأكثر من ذلك، فإن الإهدار الذى يصر على الإشارة إلى أنه يبيع للفرد إهدار دم إنسان آخر لا نعتقد أن له هذا الأثر، وإنما يقتصر أثره على حق القضاء فى الحكم بالحد أو القصاص الذى يعنى ما يسمى الآن بالإعدام ... ويكون ذلك بالحكم القضائى متى توافرت شروط تطبيق عقوبة القتل التى تقرضها شريعتنا - والقضاء وحده هو الذى له الحق فى إثبات توافرها ووجود الأدلة الشرعية على الإدانة بها ... ما ذكره من أن رأى أبى حنيفة يفرق بين الجرائم التى يصفها بأنها تمس حقوق الأفراد، وجرائم أخرى يصفها بأنها تمس حقاً لله أو حقاً للجماعة، يتعارض مع ما قررناه مراراً - وأيدته أقواله فى بعض المواضع - من أن جميع الجرائم تمس حقوق الجماعة وحق الله، لأن شريعة الله سبحانه وحقوق الجماعة هى التى تحمى حقوق الأفراد. فالمساس بهذه الحقوق الفردية كحق الحياة وسلامة البدن، يهدد أمن الجماعة ومصالحها التى تستوجب حماية حقوق أفرادها .

لقد سبق أن بينا الأسباب التى تقتضى عدم القول بوجود أى جريمة لا تمس حقوق الجماعة، لأن جميع ما تعاقب عليه الشريعة أيا كان سبب العقوبة أو نوعها أو مقدارها يُعدُّ فى شريعتنا وفقهنا ضاراً بالجماعة وماساً بحقوقها التى أمر الله سبحانه بحمايتها، وأن حقوق الجماعة تُعدّ دائماً حقوقاً لله .

إن فقهنا كان حريصاً على عرض الأحكام التى توصل إليها أسلافنا فى عصورهم، ولكننا حرصنا على بيان التطور الذى حدث فى العلاقات الدولية عموماً، وفى علاقات دولنا بغيرها تبعاً لذلك، ونتائج ذلك فى كل ما يتعلق باختصاص القضاء أولاً، وما يتعلق بتطبيق أحكام شريعتنا من حيث الإقليم .

أما اختلافنا مع ما قاله بشأن الإهدار، فليس ناتجاً عن ظروف جديدة، بل هو التزام بالمبادئ الانسانية الأصيلة التى قررها القرآن وسيقت شريعتنا جميع النظم لإقرارها، وهى تجعل الصفة الانسانية أساساً لاعترافنا لجميع البشر بحزمة النفس والدم والمال وغيرها من الحريات التى تمنحها الصفة الإنسانية لبني آدم كلهم دون أى استثناء .

٢١٥ - النظرية الثانية : وهي نظرية أبي يوسف من فقهاء المذهب الحنفي، ويرى أن الشريعة الإسلامية تسرى على كل المقيمين في دار الإسلام سواء كانت إقامتهم دائمة كالمسلم والذمي، أو كانت إقامتهم مؤقتة كالمستأمن. وحجته في ذلك : أن المسلم يلزمه إسلامه بالتزام أحكام الإسلام، وأن الذمي ملزم بأحكام الإسلام التزاما دائما بمقتضى عقد الذمة الذي يضمن له الأمان الدائم. أما المستأمن فيلتزم أحكام الإسلام بمقتضى عقد الأمان المؤقت الذي خوله الإقامة المؤقتة في دار الإسلام، وبقبوله دخول دار الإسلام؛ لأنه بطلبه دخول دار الإسلام قد قبل أن يلتزم أحكام الإسلام مدة إقامته، ولأنه لما منح إذن الإقامة منحه على هذا الشرط، فصار حكمه حكم الذمي، ولا فرق بينهما إلا أن الذمي أمانه مؤبد والمستأمن أمانه مؤقت. ولهذا يعاقب المستأمن مهما قصرت مدة إقامته على الجرائم التي يرتكبها في دار الإسلام، سواء تعلقت هذه الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد^(١).

وجه الخلاف فيما سبق بين نظرية أبي يوسف ونظرية أبي حنيفة ينحصر في تطبيق الشريعة على المستأمن. فأبو يوسف يرى تطبيق الشريعة على المستأمن في كل الأحوال-٣٥٧-، وأبو حنيفة لا يطبق الشريعة على المستأمن إلا في الجرائم التي تمس حقوق الأفراد دون غيرها من الجرائم.

ويتفق أبو يوسف مع أبي حنيفة في أن الشريعة لا تسرى على الجرائم التي ترتكب في دار الحرب ولو ارتكبها المقيمون في دار الإسلام، ولكنه يخالف أبا حنيفة في مسألتين ذكرناهما في أثناء عرض نظرية أبي حنيفة. الأولى منهما أن أبا يوسف يرى أن المسلم والذمي لا يجوز لأحدهما في دار الحرب أن يتعاقد برأيا مع حربي أو مع مسلم مقيم بدار الحرب لم يهاجر إلينا، ولو كان التعاقد على الربا غير محرم في دار الحرب؛ لأنه محرم عليه طبقا لأحكام الإسلام وهو ملزم بهذه الأحكام أينما كان، ولكنه لا يعاقب إذا أخذ ربا في دار الحرب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها. والفرق بين رأى أبي حنيفة ورأى أبي يوسف في هذه النقطة أن أبا حنيفة لا يرى القتل في ذاته محرما بينما يحرمه أبو يوسف-٣٥٨-. والثانية منهما مسألة الأسير المسلم إذا قتله في دار الحرب مسلم أو ذمي،

الصدر

تعليق "رقم-٣٥٧-": وهذا هو الرأى الراجح كما مر علينا قريبا.

الصدر

تعليق "رقم-٣٥٨-": والأرجح هو القول بالحرمة لعموم أدلة الحرمة وصحة الحكم

بعقابه إذا حصلت الولاية عليهما بعد ذلك.

الشاوي

رأينا في "التعليق-٣٥٧-، -٣٥٨-": تعليق السيد الصدر يؤكد ماقاله في التعليقات

السابقة، من رقم -٣٣٩- إلى رقم -٣٤٢-، وقد أيدنا رأيه وذكرنا حجتنا في ذلك.

عوده

فأبو حنيفة لا يرى في قتله قصاصا ولا دية؛ لأنه فقد بالأسر عصمته، بينما يرى أبو يوسف أن في قتله الدية؛ لأن الأسر لا يفقده عصمته، ولأن القصاص غير ممكن لانعدام الولاية-٣٥٩-، ف يلتزم القاتل بالدية ضمانا عن القتل، لأن للمحاكم الإسلامية أن تقضى بالضمان عن الجريمة المرتكبة في دار الحرب، إذا كان الجاني وانجنى عليه من أهل دار الإسلام؛ لأن ولاية المحاكم عليهما قائمة وقت المطالبة بالضمان وإن انعدمت على محل الجريمة. والفرق بين الرايين في هذه المسألة هو نفس الفرق في المسألة السابقة.

الصدر

تعلق "رقم-٣٥٩-": ولكن يجب القصاص إذا تحققت الولاية بعد ذلك لعموم أدلته وعدم تقييدها بتحقيق الولاية حال الجريمة.

الشاوي

رأينا في "التعلق-٣٥٩-": ما قاله السيد الصدر هو تأييد لما قاله قبل ذلك في أرقام -٣٤٠- إلى -٣٤٢- ثم -٣٤٨- إلى -٣٥٠- وأيدناه. ومازلنا نؤيد أن القدرة اللازمة هي التي تكون وقت المحاكمة لا وقت ارتكاب الجريمة، كل ما هنالك أنه يمكن الاكتفاء بالتعزير لأن القصاص عقوبة استثنائية تسقط بالشبهة، وهنا تكون الشبهة أن مكان الجريمة لا يحكم فيه بالقصاص إذا حوكم هناك، والمحاكمة في مكان وقوع الجريمة هي الأصل. ويسرنا أن نشير إلى أن ملاحظات السيد الصدر في كثير من التعليقات الخاصة بهذا الموضوع هي أقرب لما توصلنا إليه في حاشيتنا، وهذا يكفي لإقناعنا بأهمية الدراسات المقارنة للمذاهب الفقهية المختلفة والمتعددة.

إن ما عرضه من آراء أبي يوسف أقرب للمنطق في نظرنا مما نسبته إلى الإمام أبي حنيفة النعمان ، لكننا لا نقر ما وصفه بأن "الأسير" المسلم في دار الحرب يفقد عصمته بحجة أنه إذا قتل لا يطبق على مرتكب هذه الجريمة عقوبة القصاص (عند أبي يوسف) ولا عقوبة الدية أيضا (عند أبي حنيفة) - لأن عدم وجوب هاتين العقوبتين المشددتين ليس معناه عدم فرض عقوبة أو جزاء تعزيري - فليس معناه في نظرنا أن دم الأسير أصبح مباحا لا يعاقب قاتله بحجة أنه مهمل. هذا في حالة ما إذا حوكم الجاني طبقا للشرعة في بلد يلتزم بها .

أقصى ما يمكن قوله أن القضاء الإسلامي إذا غرض عليه الموضوع وكان مختصا به (استثنائيا) فإن وقوع الفعل في دار الحرب يمكن أن يُعدَّ شبهة توجب عدم الحكم بالعقوبة القصوى وهي عقوبة القصاص؛ بل يجب أن يكشف بعقوبة تعزيرية .

وقد أشرنا من قبل إلى عدم قبولنا للقول بأن هناك جرائم لا تمس حقوق الجماعة ولا حق الله بحجة أنه تطبق فيها عقوبة القصاص المشددة بناء على طلب المجنى عليه أو ولي الدم عندما تتوافر شروط القصاص .

كذلك نعيد رأينا بأن القول بأن حالة الأسر يترتب عليها عدم العصمة، هذا القول لا يتفق مع مبادئ شريعتنا. وإذا كانت شريعة العدو تقضى بذلك فإن هذا لا يبرر نسبة هذا الحكم لشريعتنا ..

ويسرنا أنه عدَّ المدية نوعا من الضمان (أى التعويض المدنى) - وهو كذلك في نظرنا - وكل ما أصفناه هو أنها الحد الأدنى مع جواز إضافة تعويض تكميلي إذا تجاوز الضرر حدودها تطبيقا للمبدأ الشرعى أن "الضرر يزال" .

وعقد الدِّمة في العصر الحاضر هو قانون الجنسية الذى يعترف لغير المسلم بصفة مواطن يحمل جنسية الدولة، والجنسية كما قلنا هى علاقة سياسية بين الدولة ورعاياها جميعا مسلمين وغير مسلمين .

أما عقد الأمان فهو تأشيرة الدخول التى تعطى للأجنى للإقامة المؤقتة القصيرة أو الطويلة في إقليم الدولة التى منحتة تأشيرة الدخول، وبطاقة الإقامة حسب نظامها.

٢١٦ - النظرية الثالثة : وهي نظرية مالك^(١) والشافعي^(٢) وأحمد^(٣) وهم يرون أن الشريعة تطبق على كل جريمة ترتكب في أى مكان داخل حدود دار الإسلام، سواء كان مرتكب الجريمة مسلما أو ذميا أو مستأمنًا؛ لأن المسلم ملزم بطبيعة إسلامه بأحكام الشريعة، والذمي ملزم بأحكام الشريعة بعقد الذمة الذى التزم بمقتضاها أحكام الإسلام التزاما دائما في مقابل الأمان الدائم والعصمة الدائمة لنفسه ولماله، والمستأمن ملزم بأحكام الشريعة بطلبه الأمان، ودخوله أرض الإسلام بعد إعطائه الأمان، فحكمه حكم الذمي. ولا يختلف المستأمن عن الذمي إلا في أن المستأمن إقامته بدار الإسلام مؤقتة، والذمي إقامته مؤبدة. وإذا هرب المستأمن من دار الإسلام بعد ارتكابه جريمة ما، فلا تسقط العقوبة بهربه وخروجه من دار الإسلام، بل تستوفى العقوبة حين القدرة عليه. كذلك تطبق الشريعة عند هؤلاء الأئمة على كل جريمة ارتكبتها مسلم أو ذمي في دار الحرب، بخلاف جرائم الحربى المستأمن التى يرتكبها في دار الحرب فإنه لا يعاقب عليها في دار الإسلام؛ لأنه لم يلزم أحكام الإسلام إلا من يوم دخوله داره- ٣٦٠- . أما المسلم والذمي فيستوى في حقهما ارتكاب الفعل المحرم في دار الإسلام أو في دار الحرب مادام الإسلام يجرمه. وإذا كان اختلاف الدارين لا يؤثر على تحريم الفعل، فإنه لا يؤثر بالتالى على العقوبة المقررة جزاء على إتيان الفعل المحرم. ويعاقب المسلم والذمي على الجرائم التى يرتكبها أحدهما في دار الحرب، ولو كان الفعل مباحا في دار الحرب كالربا، مادامت الشريعة الإسلامية تحرم على أحدهما هذا الفعل. أما إذا كان الفعل محرما في دار الحرب ولكن الشريعة الإسلامية تبيحه، فلا عقاب على من ارتكبه في دار الحرب.

وإذا ارتكب الذمي جريمة في دار الحرب وكان قد ترك دار الإسلام بقصد عدم العودة إليها، فلا يعاقب عليها إذا عاد إلى دار الإسلام؛ لأنه يصبح حربيا بتركه دار الإسلام- ٣٦١- ، وتزول صفته كذمي، فلا يعود ملتزما بأحكام الإسلام، وإذا عاد إلى دار الإسلام فإنه يعود بحسبانه حربيا مستأمنًا ذميا.

التعليق "رقم- ٣٦٠-": وهذا يكفى في عقابه على جرائمه السابقة وإن كانت في دار الحرب.

التعليق "رقم- ٣٦١-": صيرورته حربيا لا يمنع من معاقبته بعد القدرة عليه كما مر علينا ذلك قريبا. وعدم التزامه بأحكام الإسلام لا يمنع من تطبيق أحكامه عليه مع الإمكان.

(١) مواهب الجليل ج ٣ ص ١٦٥، ٣٥٥، المدونة ج ١٦ ص ٩١.

(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٥٨.

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٤٣٩، ٥٣٧، الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٣.

عوده وإذا ارتد المسلم وترك دار الإسلام، وارتكب جريمة بعد ذلك في دار الحرب فلا يعاقب عليها في دار الإسلام ولو عاد مسلماً؛ لأنه أصبح بردته وترك دار الإسلام حرباً، فلم يكن ملتزماً وقت الجريمة بأحكام الإسلام-٣٦٢- .
ويُعَدُّ هؤلاء الفقهاء المعسكر الإسلامي أرضاً إسلامية ولو كان في دار الحرب، ولكن يستوى عندهم أن ترتكب الجرائم في المعسكر أو في خارجه، لأن الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام أو في دار الحرب معاقب عليها عندهم على الوجه الذي سبق بيانه.
ويرى مالك والشافعي ألا يؤخر العقاب على الجرائم التي يرتكبها الجنود إلى حين عودتهم إلى دار الإسلام، بل تنفذ العقوبات كلما استحققت إلا إذا لم يكن لأمر الجيش حق توقيع العقوبة، وإلا إذا كان بالمسلمين حاجة إلى الجاني، أو كان لهم به قوة، وهذا الاستثناء الأخير للشافعي خاصة.
ويرى أحمد تأخير تنفيذ العقوبة حتى يعود الجند إلى دار الإسلام، أو حتى يعود الجاني وحده، وهذا الرأي يتفق مع رأي أبي حنيفة، وقد سبق أن بسطناه-٣٦٣- .

الصدر تعليق "رقم-٣٦٢-": مر علينا قريباً أن عدم التزامه بأحكام الإسلام لا يمنع من معاقبته على الجريمة، إلا أن يمسك القائل بعدم العقاب بالحديث المشهور (الإسلام يجب ما قبله)، ولكن يرد على الاستدلال بالحديث المذكور أن ظاهر الحديث اختصاصه بالإسلام الابتدائي ولا يشمل الإسلام المبسوق بالارتداد لأن ظاهر ما قبله أن ما وقع منه لم يكن مبسوقاً بالإسلام بل هو ملحق به، وما يصدر من المرتد الذي يعود إلى الإسلام إنما صدر منه بعد إسلامه السابق وقبل إسلامه اللاحق فلا يكون مشمولاً للحديث المبارك. هذا مضافاً إلى ضعف سند الحديث المذكور وعدم حجته، وإنما اعتمدنا عليه في الإسلام الابتدائي لاعتضاده بالسيرة القطعية إذ لم يعهد في عهد النبوة الزاهر ولا فيما بعده من العهود الإسلامية أن عوقب الكافر بعد إسلامه على ما صدر منه من الجرائم حال كفره، ولم تثبت السيرة بالنسبة إلى من أسلم بعد الارتداد.

الصدر تعليق "رقم-٣٦٣-": وقد سبق أن ذكرنا أن ذلك هو الرأي الراجح عند فقهاء المذهب الجعفري، ويمكن الاستدلال على تأخير خصوص الحدود بما روى عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) أنه قال: "لا تقام الحدود بأرض العدو".

الشافعي رأينا في "التعليقات-٣٦٠- إلى-٣٦٣-": يسرى عليها ما قلناه في مناقشتنا للتعليق رقم ٣٥٧.
ومع ذلك فلا بد أن نكرر ملاحظتنا من أنه يحتاج دائماً بالأخبار، أما نحن فنفضل إعمال المبادئ العامة التي أشرنا إليها مراراً. فسقوط الحدود عن الجرائم التي ترتكب "بأرض العدو" كما يقول أساسه في نظرنا إنما عقوبات استثنائية تسقط بالشبهة كما قلنا من قبل، وإذا كان هو يشير في تعليقه رقم ٣٦٣ إلى ما نقل عن الإمام جعفر بن محمد الصادق فإنه كان تأكيداً لالتزام هذا الإمام بتلك القاعدة الأساسية.

عودة وإذا كانت القاعدة عند الأئمة الثلاثة هي عقاب المسلم والذمي على الجرائم التي يرتكبها في دار الحرب، فإن هذه القاعدة تنطبق على جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة، وكذلك جرائم التعازير التي ينص عليها أولو الأمر. ولكن القاعدة لا تنطبق على كل هذه الجرائم بدرجة واحدة؛ لاختلاف طبيعة كل نوع عن الآخر. فجرائم الحدود والقصاص التي ترتكب في دار الحرب يجب العقاب عليها، وليس لولي الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة. وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة يجب العقاب عليها، ولكن لولي الأمر أن يعفو عن الجريمة بعد وقوعها، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها بعد الحكم بها. أما جرائم التعازير التي ينشئها ولي الأمر فيجوز أن يعاقب عليها إذا رأى ذلك ولي الأمر، ويجوز ألا يعاقب عليها، لأن ولي الأمر هو الذي حرم الأفعال المكونة لهذه الجرائم، ويجوز له أن يبيحها وألا يعاقب عليها إذا وقعت في دار الحرب. ومعنى هذا أن العقاب على الجرائم التي ترتكب في دار الحرب ليس واجبا في كل الجرائم.

هذا هو مقتضى نظرية الأئمة الثلاثة. أما نظريتنا أي حنيفة وأبي يوسف، فمقتضاها أن لا عقاب على أي جريمة - ٣٦٤ - ترتكب في دار الحرب مهما كان نوعها، لأن العقاب أساسه الولاية على محل الجريمة وقت ارتكابها، والولاية معدومة في كل الأحوال.

الصدر تعليق "رقم - ٣٦٤ -" مر علينا قريبا أن الرأي الراجح عند فقهاء المذهب الجعفرى هو لزوم العقاب على أي جريمة ترتكب، وإن كان اللازم تأخيرها إذا وقعت الجريمة في دار الحرب إلى رجوع المسلم إلى دار الإسلام.

الشافى رأينا في "التعليق - ٣٦٤ -" مذهب الجعفرية الذي يشر إليه السيد الصدر هو تطبيق سليم لمبدأ وجوب محاكمة المسلم أو الذمي (وكلاهما مواطن لا يجوز تسليمه)، ويجب محاكمته على جرائمه في الخارج بدلا من تسليمه إلى البلد الذي وقعت فيه الجريمة لمحاكمته هناك، وحتى لا تبقى الجريمة دون عقاب بسبب عدم جواز التسليم... ومعنى ذلك أنه إذا كان قد حوكم فعلا في البلد التي وقعت فيها الجريمة أو أي بلد أجنبي آخر، فلا بد أن يؤخذ هذا بعين الاعتبار ولا يجوز أن يحاكم على فعل واحد مرتين، وكنا نود لو أنه أشار لذلك في التعليقين رقم - ٣٦٠ - و - ٣٦١ -.

إن ما عرضه من اختلافات بين آراء الأئمة الثلاثة (مالك والشافعي وأحمد) يؤيد قولنا إن التقنين الشرعي يجب أن يختار الرأي الذي يطبق على الجميع في بلد معين مع مراعاة ظروف الزمان والمكان لكي يطبق القضاء حكماً موحداً .

وما يقوله عن أحكام الجرائم التي يرتكبها المسلم أو الذمي فيما يسميه دار الحرب يجب في نظرنا أن نميز فيه بين ما يتعلق باختصاص القضاء وما يتعلق بولاية الشريعة، لأن الأحكام التكليفية (مثل تحريم أكل مال الناس بالباطل أو تحريم العدوان على حرمة الناس وحياتهم وأبدانهم وأموالهم وحقوقهم في شريعتنا) لها في نظرنا ولاية شخصية، إذ يلتزم بها المسلم حتى في خارج إقليم دار الإسلام برغم أن قضاءنا لا ولاية له على الجرائم التي تُرتكب في الخارج....

كما أننا نرى دائماً أنه لا يجوز عدُّ الدول الأجنبية كلها دار حرب في هذا العصر لأنها دار عهد وسلم، لوجود معاهدات ثنائية وجماعية تقرر حالة السلم بل التعاون الدولي بين جميع الشعوب. فوصف دار الحرب يجب أن يكون محصوراً في البلاد التي تكون معها في حالة حرب - وطول مدة الحرب فقط - كما حدث بالنسبة لإسرائيل...

ويلاحظ أن القول بعقاب الجاني (المسلم الذمي) عن جريمة ارتكبها في الخارج، إنما يكون في حالة عدم محاكمته عنها في أي بلد آخر (وبسبب عدم جواز تسليمه للبلد الذي وقعت فيه الجريمة)، ولكن يجوز في نظرنا (إذا كان قد حوكم فعلاً في الخارج وحكم عليه بالعقوبة) أن تفرض عليه تعازير وقائية أو إصلاحية لأنها ليست عقوبة، ويمكن أن تضاف إلى العقوبة التي فرضت عليه في الخارج إذا لم تكن كافية في نظر قضائنا.

٢١٧- بين الشريعة والقانون : هذه هي النظريات الإسلامية الثلاث **عوده** وهي تكاد تكون نفس النظريات التي عرفتها القوانين الوضعية حتى اليوم. فقد عرفت القوانين الوضعية ثلاث نظريات مماثلة : أولاها، تقضى بتطبيق القانون على رعايا الدولة دون غيرهم في الداخل والخارج، وقد كانت هذه النظرية سائدة في القرون الوسطى، وهي تماثل نظرية أبي حنيفة فيما يختص بتطبيق القانون في إقليم الدولة على رعاياها فقط دون الأجانب، ولكنها تخالف نظرية أبي حنيفة-٣٦٥- في أن القانون يتبع الرعايا في الخارج، الأمر الذي لا يراه أبو حنيفة. والثانية، تقضى بتطبيق القانون على جميع المقيمين في أرض الدولة من وطنيين وأجانب على ما يقع منهم داخل أرض الدولة فقط من الجرائم، أما ما يقع منهم في الخارج فلا عقاب عليه، وقد ظلت هذه النظرية سائدة حتى القرن التاسع عشر، وهي نفس نظرية أبي يوسف. والثالثة، تقضى بتطبيق القوانين على كل المقيمين بأرض الدولة من وطنيين وأجانب إذا ارتكبوا أى جريمة داخل حدود الدولة، كما تقضى بتطبيق القوانين على بعض الجرائم التي ترتكب خارج أرض الدولة، وهذه النظرية هي السائدة اليوم في القوانين الوضعية، وهي النظرية التي أخذ بها قانون العقوبات المصري، ولا فرق بين هذه النظرية ونظرية مالك والشافعي وأحمد، إلا أن نظرية الفقهاء الإسلاميين-٣٦٦- تجعل العقاب واجبا في بعض الجرائم التي تقع في الخارج ولا خيار لولى الأمر فيه، وترك لولى الأمر أن يعاقب على البعض الآخر إن رأى مصلحة في ذلك، أما النظرية القانونية فتترك للهيئة التشريعية أن تعاقب على ماترى مصلحة في العقاب عليه من الجرائم التي تقع في الخارج، وهذا الفرق ليس له أثر كبير من الوجهة العملية، لأن الجرائم التي يجب فيها العقاب طبقا للنظرية الإسلامية هي أخطر الجرائم وأهمها، ومصلحة الدولة تقتضى العقاب عليها.

الصدر تعليق "رقم-٣٦٥-": ولكنها موافقة في هذه الناحية لنظرية لفقهاء المذهب الجعفرى كما مر علينا ذلك قريبا.

الصدر تعليق "رقم-٣٦٦-": ومنهم فقهاء المذهب الجعفرى.

الشاولى رأينا في "التعليقين-٣٦٦-،-٣٦٦-": السيد الصدر يؤيد رأيه السابق في تعليقاته أرقام ٣٣٩ وماتلاه باعتراضه على مانسبه فقيها للإمام أبي حنيفة، ويقول إن هذه هي نظرية فقهاء المذهب الجعفرى. ورأينا هو أن شريعتنا تطبق على جميع الجرائم التي تقع في بلادنا سواء كان مرتكبها مواطنا أو أجنبيا. أما الجرائم التي ترتكب في الخارج فلا تختص بها محاكمنا ولا تنطبق فيها شريعتنا إلا في حالات محدودة وبشروط أولها ألا يكون الجاني قد عوقب عليها فعلا في أى بلد آخر.. وثانيها أن يكون الجاني لا يجوز تسليمه للدولة التي وقعت الجريمة على أرضها - وهذا خاص بالمواطنين (مسلمين وذميين).

٢١٨ - كيف يمكن تطبيق النظريات الإسلامية مع تعدد دول الإسلام ؟ - يلاحظ على النظريات الإسلامية أنها تقسم العالم قسمين : دار الإسلام، ودار حرب، وقد يظن البعض أن هذا يقتضى أن تكون البلاد الإسلامية كلها تحت حكم دولة واحدة، والبلاد الأجنبية كلها تحت حكم دولة واحدة، وهو ظن لا أساس له من الواقع. فالنظريات الإسلامية لم توضع على أساس أن تكون البلاد الإسلامية محكومة بحكومة واحدة، وإنما وضعت على أساس ما يقتضيه الإسلام. والإسلام يقتضى أن يكون المسلمون في كل بقاع الأرض يدا واحدة، يتجهون اتجاهها واحدا وتسوسهم سياسة واحدة. وأبسط الصور وأكفلهما بتحقيق هذه الغاية أن تكون كل بلاد الإسلام تحت حكم دولة واحدة. ولكن ليست هذه هي الصورة الوحيدة التي تحقق أهداف الإسلام، لأن هذه الأهداف يمكن أن تحقق مع قيام دول متعددة - ٣٦٧ - في دار الإسلام مادامت هذه الدول تتجه اتجاهها واحدا، وتسير على سياسة واحدة. والإسلام لا يتنافى مع نظام كنظام الولايات المتحدة الأمريكية، ولا مع نظام كنظام الولايات السوفيتية القائم في روسيا، ولا مع نظام كنظام الدمينيون الإنجليز، ولا يتنافى مع النظام القائم الآن في البلاد العربية بعد قيام الجامعة العربية التي تعمل على توحيد الاتجاهات والسياسات في الدول العربية المختلفة، ولا يتنافى مع قيام جامعة إسلامية تتكون من كل الدول الإسلامية، وتشرف عليها وتعمل على توحيد أغراضها واتجاهاتها، وعلى حل ما يثور فيها من نزاع داخلي. ولا يتنافى الإسلام مع أى نظام آخر مادام هذا النظام يحقق الأهداف الإسلامية، وأن هذه الأهداف هي أن يكون المسلمون يدا واحدة على من عداهم، وأن يكون اتجاههم واحدا وسياستهم واحدة - ٣٦٨ - .

وليس أدل على صحة ما نقول من أن النظريات الإسلامية وضعت في عهد العباسيين بعد أن انقسمت الدولة الإسلامية الأولى إلى ثلاث دول : دولة العباسيين في المشرق، ودولة العلويين في المغرب، ودولة الأمويين في الأندلس، وقد ظلت هذه النظريات تطبق بعد أن أصبح في كل قطر إسلامي دولة إسلامية.

الصدر تعليق "رقم - ٣٦٧ -" : يشترط أن تكون جميعها خاضعة لأمر الإمام (ع) وإرادته في ظرف وجوده وترأسه للدولة الإسلامية، وأما في ظرف عدم وجوده وغيبته فلا محل للشرط المذكور.

الصدر تعليق "رقم - ٣٦٨ -" : والجميع يجب عليهم إطاعة الإمام المعصوم حال ترأسه للدولة الإسلامية.

الشاوي رأينا في "التعليقين - ٣٦٨ -، ٣٦٨ -" : يشير إلى الامتيازات التي يقول بها الجعفرية للإمام المعصوم في حالة وجوده وعدم غيبته، ولا يعترف بها فقه السنة. أما في حال الغيبة - في عصرنا الحالي - فالرأى واحد لدى الجميع.

وتعدد الدول الإسلامية أصبح أمرا واقعا لا يمكن إنكاره ولا تجاهله، ولذلك فإن السيد الصدر يزيد ما قاله فقيها لأنا الآن في حالة غيبة الإمام عندهم...

وَتُعَدُّ النظريات الإسلامية كل البلاد الأجنبية دار حرب واحدة مع اختلاف الدول التي تحكمها، فقد كان المسلمون يحاربون الترك والروس والهنود والإسبان والفرنسيين والرومان، وكانوا يُعَدُّون بلاد كل هؤلاء وغيرهم دار حرب. فالمقصود إذن من تقسيم العالم إلى دار إسلام ودار حرب ليس جعل العالم تحت حكم دولتين أو وحدتين سياسيتين، وإنما هو تقسيم العالم إلى قسمين : أحدهما : دار أمن وسلام للمسلمين، والثاني: دار خوف وعداء للمسلمين، وبيان الأحكام التي تسرى على المقيمين في كل دار، وقد عُدَّت البلاد الإسلامية على اختلاف حكوماتها دارا واحدة، لأنها محكومة بقانون واحد هو الشريعة الإسلامية، فهي من هذه الوجهة وحدة قانونية لا تختلف فيها الأحكام باختلاف الجهات ولا باختلاف الأجناس، وعُدَّت البلاد غير الإسلامية دارا واحدة؛ لأن الأحكام التي تسرى عليها طبقا للشريعة الإسلامية أحكام واحدة لا تختلف باختلاف الجهات واختلاف الأجناس. وهذا هو الأساس الصحيح لتقسيم العالم إلى دار حرب ودار إسلام.

وعلى هذا، فتعدد الدول الإسلامية لن يمنع اليوم من تطبيق النظريات الإسلامية، كما لم يمنع من تطبيقها قديما، فقد طبقها الأندلسيون في الأندلس، والمغاربة في المغرب، والعلويون في مصر، والعباسيون في بغداد، ونستطيع اليوم أن نطبقها في مصر وفي لبنان وفي سوريا والعراق والحجاز والباكستان وفي المغرب، وفي كل بلد إسلامي له حكومة تحكمه وحدود تحده.

ومن السهل تطبيق النظريات الإسلامية اليوم، ولكن تطبيقها يقتضى من كل دولة إسلامية أن تُعَدَّ نفسها ممثلة للإسلام في جميع بقاع العالم لا في داخل حدودها فقط. فمثلا إذا أردنا أن نطبق نظرية أبي حنيفة في مصر، فإننا نعاقب أولا كل من يرتكب جرعة داخل حدود البلاد المصرية مسلما كان الجاني أو ذميا، مصرية أو شامية أو عراقيا أو فلسطينيا أو فارسيا وهكذا، لأن كل فرد من رعايا أى دولة إسلامية لا يُعَدُّ أجنبيا بالنسبة لأى دولة إسلامية أخرى، ولأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة. تحكمها شريعة واحدة، ونعاقب ثانيا كل هؤلاء على أى جريمة يرتكبوها في أى بلد إسلامي آخر، سواء كانوا يقيمون في مصر إقامة دائمة أو إقامة مؤقتة، بشرط ألا يكونوا قد عوقبوا على هذه الجريمة في محل ارتكابها، أو في أى بلد إسلامي آخر؛ فإذا كانوا قد عوقبوا على الجريمة في أى بلد إسلامي آخر بغير العقوبة التي توجبها الشريعة، وجب أن يعاقبوا مرة ثانية بالعقوبة المقررة في الشريعة، لأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة مهما اختلفت حكوماتها، ولأن الإسلام يوجب على كل دولة إسلامية أن تقيم أحكامه وأن تبادر إلى تغيير المنكر والنهي عنه، ومن تغيير المنكر أن تبادر الدولة بتوقيع العقوبة التي توجبها الشريعة على من استحقها.

عوده وما سبق يصدق على جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة مع ملاحظة أن لولى الأمر في جرائم التعازير حق العفو-٣٦٩- عن الجريمة والعفو عن العقوبة، وليس له ذلك في جرائم الحدود، ولا في جرائم القصاص والدية. أما جرائم التعازير التي يجرمها أولو الأمر فلا يصدق عليها ما قلنا، ولا يعاقب عليها إلا إذا كان الفعل محرماً في محل وقوعه، ومحل المحاكمة عليه. فإذا كان الفعل مباحاً في محل وقوعه امتنع العقاب عليه في أى دولة أخرى، وإذا كان محرماً في محل وقوعه فقط امتنع العقاب عليه في أى محل آخر.

وأساس التفرقة بين جرائم الحدود وجرائم القصاص من جهة، وبين جرائم التعازير من جهة أخرى، أن إقامة العقوبات في جرائم الحدود واجبة على كل مسلم، لا يصح تأخيرها، ولا يجوز العفو عنها، وأن عقوبات جرائم القصاص واجبة ما لم يعف عنها المجنى عليه أو ولي دمه. فإذا لم تقم حكومة إسلامية عقوبات الحدود والقصاص وجبت إقامتها على الحكومات الأخرى، وإن لم تقمها الحكومات وجبت على الأفراد، أما عقوبات التعازير فيجوز إيقاف تنفيذها والعفو عنها.

وأساس التفرقة بين جرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة، وجرائم التعازير التي حرمها أولو الأمر، أن الأفعال المكونة للنوع الأول لا يجوز إباحتها وإن جاز العفو

الصدر تعليق "رقم-٣٦٩-": ليس له حق ذلك إذا كان الشارع قد حكم بكونها جريمة، وإنما له حق العفو عن العقاب في غير الجريمة التي أمر الشارع بالمعاقبة عليها.

الشوى رأياً في "التعليق-٣٦٩-": "يوجب علينا أن نذكر باختلاف مع فقهاء السيد الصدر معاً بشأن المقصود بأولياء الأمر في العفو وفي كل ما يتعلق بالشريع والقضاء، وأنه ليس رئيس الدولة كما يقول كثيرون بل هم أهل الاجتهاد. وإذا كان القرار يصدر من رئيس الدولة فيكون ذلك بناء على طلبهم.

التفرقة بين عقوبات الحدود والقصاص من ناحية والتعازير من ناحية أخرى هي تفرقة دقيقة، ومرجعها أن الحدود والقصاص عقوبات قصوى استثنائية أمر الشارع بسقوطها كلما وجدت شبهة - لذلك فإننا نشير إلى ما ذكرناه من قبل من أننا نفضل الرأي الذي رجحه السيد الصدر في تعليقه رقم ٣٤٥ عن أنه في حالة محاكمة الجاني عن جريمة ارتكبت في دار الحرب، أو في الخارج، ترى استبعاد العقوبات القصوى الاستثنائية أى الحدود والقصاص والاكتفاء بالتعازير دائماً.

والتفرقة بين التعازير عن المعاصي الشرعية (التي وردت بشأنها أحكام شرعية تكليفية)، وغيرها مما حرمه "أولياء الأمر" في بلد معين وزمان معين، التي أقرها السيد الصدر في تعليقه رقمي ٣٦٩ و ٣٧١، لما نظرت في القوانين الوضعية التي تشترط لمحاكمة مرتكب جريمة في الخارج أن يكون معاقباً عليها في البلد.

عن الجريمة وعقوبتها، أما الأفعال المكونة للنوع الثاني فيجوز إباحتها بعد تحريمها فضلا عن جواز العقو عن الجريمة وعقوبتها.

وإذا أردنا أن نطبق نظرية أبي يوسف، فإننا نعاقب فوق ماتقدم كل مستأمن ارتكب جريمة في أي بلد إسلامي إذا لم يعاقب عليها في محل ارتكابها أو عوقب عليها بغير العقوبة المقررة شرعا، لأنه بدخوله هذا البلد الإسلامي التزم بأحكام الإسلام، وتلك الأحكام تلزم كل دولة إسلامية أن تطبقها. وعلى هذا، تكون كل دولة إسلامية قادرة على أن تعاقب طبقا للشريعة كل مسلم أو ذمي أو مستأمن ارتكب جريمة في دار الإسلام سواء كان محل الجريمة واقعا في حدود الدولة التي توقع العقوبة أو في حدود دولة إسلامية أخرى.

وإذا أردنا أن نطبق نظرية مالك والشافعي وأحمد فإننا نعاقب على الحالات الثلاث السابقة، ونعاقب فوق ذلك كل مسلم أو ذمي من رعايا مصر أو من رعايا أي دولة إسلامية على ما يرتكبه في دار الحرب من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة. ولكل دولة إسلامية أخرى مثل هذا الحق على رعايا الدول الإسلامية الباقية، لأن من واجب كل حكومة إسلامية أن تقيم الحدود ولا تؤخرها، فإذا تركتها حكومة وجبت على أي حكومة أخرى - ٣٧ - تستطيعها. أما إذا كانت الجرائم الواقعة في الخارج تعازير مما حرمها الشارع، فيعاقب عليها في كل دولة تحرمها رعايا هذه الدولة ورعايا الدول الإسلامية الأخرى إذا كانت قوانين تلك الدول تعاقب عليها، فإن لم تكن تعاقب عليها فلا يصح أن يعاقب عليها رعاياها في أي دولة إسلامية أخرى ولو كانت هذه الدولة تحرمها، لأن عدم العقاب عليها في الدولة التي يتبعها الجاني يُعَدُّ إباحة لها - ٣٧١ - وإذا لجأ الجاني بعد ارتكاب الجريمة التي تحرمها دولته إلى دولة إسلامية أخرى لانتحرمها فلا يصح أن يحاكم الجاني على الجريمة في الدولة التي لجأ إليها، لأن الفعل مباح طبقا لقوانينها، وإنما يصح أن يسلم الجاني لدولته لتعاقبه إذا طلبت ذلك.

وليس من الضروري للعقاب على الأفعال التي تقع في دار الحرب أن تكون معدودة جرائم في دار الحرب، لأن العقاب يجب طبقا للشريعة التي يلتزم المسلم والذمي بأحكامها أينما كان أحدهم، فيستوى إذن أن يكون الفعل مباحا في دار الحرب أو محرما.

تعليق "رقم - ٣٧٠ -": وهذا هو القول الراجح كما مر عليك ذلك قريبا.

رأينا في "التعليق - ٣٧٠ -": يؤيد مقاله فقيها من أن قضاء كل دولة إسلامية يلتزم بتطبيق الشريعة على الجرائم التي يرتكبها مسلمون ولو لم يكونوا من رعايا تلك الدولة - لأن المسلمين جميعا أمة واحدة تلزم بالشريعة رغم اختلاف الدول أو تعددها.

تعليق "رقم - ٣٧١ -": لا يصح إباحة ما حرمه الله وأوجبه. نعم يصح ما ذكره المؤلف فيما حرم لنهى رئيس الدولة عنه.

آراء فقهاءنا المختلفة المتعددة يوجد ما يماثلها في الفقه العصري وفي القوانين الوضعية. والمشكلة في نظرنا هي اختيار الرأي الذي يتناسب مع ظروف زماننا وظروف كل بلد من بلدان؛ وقد ذكرنا أننا لانوافق على القول بأنه لا يوجد في العالم إلا دار حرب ودار إسلام، لأنه لا يتفق مع أحوال العالم اليوم لأن جميع الدول قد تعاهدت وتواصلت وأصبحت كلها دار عهد وسلام، وإذا وجدت حالة حرب قانونا أو فعلا فهي محدودة زمانا ومكانا .

ثم إن "دار الإسلام" لم تعد بالصورة التي تحدث عنها الفقهاء من قبل عندما قالوا إنها هي البلاد التي تحكم بالشريعة الإسلامية؛ لأن كثيرا من الدول الإسلامية لاتلتزم الآن بتطبيق الشريعة؛ بل هناك من يعاقبون الذين يدعون إلى تطبيقها أو يطالبون به ويتهمونهم بالتطرف أو الرجعية أو التآمر أو الإرهاب؛ وهناك من يعرضون الدول الأجنبية للقضاء على المطالبين بتطبيق الشريعة إذا لجئوا إليها بل يلومون ساستها - ويعاقبونها لأنهم يؤوونهم في البلاد الأجنبية التي لجئوا إليها هربا من اضطهاد بعض السلطات في بلادهم .. وهناك من يحرمون شعوبهم من الانتخابات الحرة إذا أدت إلى نجاح من يدعون للإسلام وشريعته؛ ويعللون ذلك بأن القوى الأجنبية ذات النفوذ العالمي تريد ذلك وأن العالم أصبح قرية واحدة يحكمها نظام عالمي غير إسلامي تسيطر عليه قوى أجنبية تفضل النظام الدولي، وهي في نظرهم تكرر الإسلام وتعادي "الأصوليين" الذين يطالبون بتطبيق الشريعة، ويفضلون أن يلتزموا بما تفرضه علينا القوى الأجنبية. هذه ناحية .

وناحية أخرى - أن فقهاءنا يصفون دار الإسلام بأنها دار أمن للمسلمين، وأن دار الحرب دار خوف وعداء للمسلمين، ويجب أن يستثنى من ذلك بعض الحالات عندما نرى من يطالبون بتطبيق الشريعة يجدون في بعض البلاد الأجنبية أمنا لا يتوافر لهم في بلادهم التي ينتمون إليها والتي يعدّها البعض بلادا إسلامية ولو كانت تضطهد من يطالبون بتطبيقها .

إن البحث في تطبيق الشريعة الإسلامية على أفعال الأفراد في الخارج يستلزم البحث في تطبيقها عليهم في الداخل أولا، وكذلك في تطبيقها على "الدول" ذاتها ومن يتولون السلطة فيها - وكثير منهم لا يعترف بالشريعة في الأوضاع الحالية، ولا يخضع لأحكامها في حياته الخاصة أو في ممارسته لسلطات الدولة .

إن لنا في هذا الشأن رأيا خاصا هو أن تطبيق العقوبات الشرعية وبخاصة الحدود لا يجوز أن يقوم به حكام لا يلزمون أنفسهم بأحكام الشريعة، أو يبيحون لأنفسهم مخالفتها والتباهي

السلطة التي لا تلتزم بأحكام الشريعة يجب تصحيحها بدلا من

قيام الأفراد بتنفيذ الحدود على غيرهم :

بعدم الالتزام بها ثم يطالبهم البعض بتطبيق الحدود - وقد يزعمون أنهم سوف يطبقونها على الأفراد.. فالشرط الأول لتطبيق الحدود أو المطالبة بها هو إقامة السلطة التي تخضع للشريعة والحكومات التي تلتزم بها هي أولا، وكثير من بلادنا لم تتجاوز هذه المرحلة، ولا نعتقد أن سلطات تلك الدول تكون مؤهلة لتطبيق الحدود على الأفراد قبل أن تطبق عليهم وعلى أعوانهم، ولا يجوز في نظرنا أن تطالب هذه الحكومات الجائرة بتطبيق الحدود على الأفراد - ولا أن نقبل منهم ذلك ونصفهم بأنهم طبقوا الشريعة مجرد أنهم طبقوا الحدود على غيرهم وهم أول من يجب أن تطبق عليهم تلك الحدود. فإذا لم يستطع المسلمون إقامة هذه السلطة التي تخضع للشريعة وتلتزم بها، فلا يستطيعون أن يصقوا بلادهم بأنما دار إسلام إلا بعد ذلك... وعلى ذلك، فإن كل ما قاله في هذا الشأن هو أحكام مستقبلية سابقة لأوانها في نظر من يطالبون بتطبيق الشريعة؛ ويأملون في تحقيق ذلك في المستقبل لأنهم لم يصلوا لذلك في بلادهم. أما الذين يعارضونها فيدعون أنها قد مضى زمانها، ومنهم كثيرون يغتصبون السلطة ويحكمون بأهوائهم ويلتزمون بقرارات أعداء الإسلام وسياساتهم.. بل ونرى بعضهم يتحالف مع القوى الأجنبية لمنع تطبيق الشريعة والقضاء على من يعملون لهذا بحجة أنهم "أصوليون" أو أنهم متشددون أو متطرفون.

بل نخشى أن يزين لهم فقهاء السلاطين أنهم مؤهلون لمعاينة الأفراد الذين يعدونهم خصوما أو معارضين زاعمين أنهم يطبقون الحدود أو الأحكام الشرعية التي يرفضون الالتزام بها هم وأعوانهم.. فهؤلاء يصدق عليهم قول الحق تبارك وتعالى بأنهم يؤمنون ببعض الكتاب ويكفرون ببعض...

ولا داعي لتكرار ما قلناه عن معارضتنا للقول الجوافي بأن "كل البلاد الأجنبية دار حرب واحدة" ١١١ - رغم تأييدنا لقوله إن البلاد الإسلامية إنما تعد دار إسلام لأنها محكومة بالشريعة الإسلامية - وهذا ما نتمناه ونعمل له... لكننا بكل أسف نرى أن الطريق لذلك طويل، بل ومحفوف بالأخطار والمخاوف...

﴿ أول مبادئ شريعتنا التي ندعو لتطبيقها هو أن المسلمين جميعا أمة واحدة

ويجوز لكل فرد من أفرادها التنقل بين جميع الدول الإسلامية

ونتمنى أن يكون أول ما تطبقه دولنا هو دعوته إلى أن كل رعايا الدول الإسلامية لا يجوز عندهم أجانب بالنسبة لأي دولة إسلامية أخرى.. ونحن في هذا قد نقر لتلك الدول بهذه الصفة حتى ولو لم يطبقوا من شريعتنا إلا هذا المبدأ.. لأننا نعد هذا بداية لها ما بعدها..

أما ما قاله من أن الدولة إذا لم تطبق عقوبات الحدود والقصاص فإنه يجب على الأفراد أن يطبقوها... فلا نوافق عليه. بل الأصح في نظرنا أن الأفراد ملزمون بالجهاد لإقامة الدولة التي تطبق الشريعة، لا أن يطبقوا هم الحدود بدلا من الدولة أو الحكومة التي يستسلمون لجورها وبغيها ويشجعونها على ذلك باستسلامهم لها. وأبعد من ذلك عن الصواب هو ما نقله عن بعض الآراء من التفرقة بين الحدود والقصاص وبين التعازير، ثم التفرقة بين التعازير التي تكون معاصي شرعية والتعازير التي مجرمها أولو الأمر... والحجة في ذلك هو أهمية العقوبات المقدرة شرعا، لكن هذه الأهمية وهذه الخطورة تستوجب ضمانات أكثر لتطبيقها. وأولى هذه الضمانات في نظرنا هي أن تعرض على القضاء المستقل ليتأكد من توافر شروط تطبيقها شرعا وعدم وجود شبهات يترتب عليها سقوطها.... بدلا من أن نعطي لكل فرد أن يقيم نفسه قاضيا ونطالبه بالحكم على غيره من الأفراد أو تنفيذ الحكم عليهم...

٢١٩- نتيجة تطبيق النظريات الإسلامية : ويتبين مما سبق أن كل جريمة يرتكبها رعايا الدول الإسلامية في الداخل أو في الخارج يعاقبون عليها بالعقوبة -٣٧٢- المقررة لها في الشريعة الإسلامية، وأن ترك الجاني بلده وهربه منها إلى بلد إسلامي آخر لا ينجيه من المحاكمة وتوقيع نفس العقوبة عليه. والسبب الوحيد في الوصول إلى هذه النتيجة هو خضوع البلاد الإسلامية جميعا لتشريع واحد هو الشريعة الإسلامية، وعُدَّ البلاد الإسلامية دارا واحدة على اختلاف أقطارها، وعُدَّ كل حكومة من حكوماتها ممثلة للحكومات الأخرى في إقامة الحدود وتطبيق نصوص الشريعة.

هذه هي النتيجة التي يؤدي إليها تطبيق النظريات الإسلامية، وإنما لم يأت الخلم الجميل الذي يحلم به علماء القانون الوضعي حين يتمنون أن يكون القانون الجنائي موحدا في كل الدول، وأن تُعَدَّ كل دولة ممثلة لجميع الدول الأخرى في إقامة حق العقاب، بحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من العقاب إذا ارتكب جريمة في دولة وهرب لأخرى، وبحيث يعاقب على جرمته في أى مكان يوجد به نفس العقوبة المقررة لجرمته في محل ارتكابها. هذا هو الخلم الجميل الذي تحلم به الجامع الدولية للقانون الجنائي، وترى فيه خير نظام يقضى على الإجرام. وهذا الخلم الجميل هو الحقيقة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا، وهو النظرية التي طبقها الشريعة من يوم نزولها أو من يوم انتشار المسلمين في أصقاع العالم. ويكفى الشريعة فخرا أنها سبقت بمثلها العليا وأنظمتها المثلى، وأن القوانين الوضعية بأنظمتها المتكررة وأحلامها الجميلة إنما تسير على هدى الشريعة، وتتبع أثرها، وتعمل على منوالها، وقل مع ذلك أنها تلحق بها.

٢٢٠- ما يدخل في دار الإسلام : يُعَدُّ دارا للإسلام كل البلاد التي فيها سلطان للمسلمين سواء كان المسلمون فيها أغلبية أو أقلية، وكل البلاد التي دخلت في ذمة المسلمين والتزم أهلها أحكام الإسلام ولو لم يكن فيها مسلمون، وكل الأماكن التي يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام ولا يمنعهم من ذلك مانع. ويدخل في دار الإسلام كل ما يتبعها من جبال وصحارى وأهبار وبحيرات وأراض وجزر وما فوق هذه جميعا من طبقات الجو مهما ارتفعت. ويُعَدُّ في حكم دار الإسلام كل مكان في دار الحرب يعسكر فيه الجيش الإسلامي، ويُعَدُّ المراكب الحربية قياسا على هذا جزءا من دار الإسلام.

تعليق "رقم-٣٧٢-": وإن لم يكونوا حال الجريمة من رعايا الدولة الإسلامية. رأينا في "التعليق-٣٧٢-": نحن نؤيد ما ذكره السيد الصدر ضمنا الذي أيد فيه قول فقهاء في وجوب تطبيق أحكام الشريعة في جميع الدول الإسلامية على جميع المسلمين مهما اختلفت دولهم أو مواطنهم، وكما نتمنى أن يضيف أن اختلاف المذاهب بين الدول القطرية لا يمنع من ذلك.

عوده

والأصل في الشريعة أن البحار العامة ليست ملكاً لأحد؛ وهذا يتفق مع القانون الدولي في عصرنا الحاضر، وليس في الشريعة ما يمنع من جعل البحار الإقليمية تابعة للدولة التي تملك الشاطئ إلى حد معين.

ولم يذكر الفقهاء شيئاً عن السفن غير الحربية؛ ولكن تطبيق النظرية العامة عند أبي حنيفة وأصحابه يؤدي إلى عدم العقاب على الجرائم التي ترتكب فيها إذا كانت في مياه إقليمية تابعة لدار الحرب، أما إذا كانت في مياه تابعة لدار الإسلام أو غير تابعة لأحد، كما لو كانت في وسط البحر، فتطبق الشريعة الإسلامية على الجرائم التي ترتكب فيها. أما تطبيق نظرية مالك والشافعي وأحمد فيؤدي إلى العقاب على الجرائم التي ترتكب في السفن التجارية سواء كانت في مياه تابعة لدار الإسلام أو دار الحرب-٣٧٣-، أو في مياه عامة مع مراعاة التفرقة التي ذكرناها من قبل بين جرائم الحدود والقصاص، وبين جرائم التعازير، والتفرقة بين جرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة، وبين جرائم التعازير التي حرمها أولو الأمر.

وتطبق القواعد السالفة على الطائرات، فالتأثيرات الحربية يعاقب على كل الجرائم التي ترتكب فيها، لأنها تأخذ حكم المعسكر والسفن الحربية، أما الطائرات التجارية فتأخذ حكم السفن التجارية.

٢٢- الشريعة والقانون : - والقوانين الوضعية لا يختلف حكمها شيئاً عن الشريعة في هذا كله، فهي تعدُّ القضاء الذي يعلو أرض الدولة تابعة لها، وتجعل المياه الإقليمية المجاورة للشاطئ تحت سيادة الدولة التي تملك الشاطئ، وتجعل السفن الحربية خاضعة لقضاء الدولة التي تتبعها. أما السفن التجارية فيطبق عليها قانون الدولة التي تتبعها طالما كانت في المياه التابعة لهذه الدولة أو في عرض البحر، فإذا كانت في مياه دولة أخرى فقد اختلفت الدول في حكم هذه الحالة، فالبعض يطبق قانون الدولة صاحبة المياه لا قانون الدولة التي تتبعها السفينة، وهذا هو المتبع في إنجلترا، وهو تطبيق للنظرية أبي حنيفة وأبي يوسف. وكثير من الدول يعدُّ السفينة خاضعة لقانون الدولة التي تتبعها، وهذا تطبيق لنظرية الأئمة الثلاثة. وفي فرنسا يرون تطبيق قانون الدولة صاحبة المياه الإقليمية في حالات دون أخرى، فهم يمزجون بين النظريتين السابقتين.

المصدر

تعليق "رقم-٣٧٣-": وهذا هو القول الراجح كما مر علينا سابقاً من لزوم عقاب المجرم أينما وقعت الجريمة.

الشاوي

رأينا في "التعليق-٣٧٣-": نعتقد أن قول فقيهما السيد الصدر عن السفن التجارية يقصد به السفن التي تحمل علم الدولة الإسلامية.

أما السفن التي تحمل علم دولة أجنبية فالجرائم التي ترتكب عليها تعامل مثل الجرائم التي ترتكب على أرض الدولة التي تحمل علمها.

إنه يصف التزام جميع "الدول الإسلامية" بوحدة الشريعة بأنه حلم جميل، فمتى يتحقق هذا الحلم؟ ويصف دار الإسلام بأنها البلاد التي تخضع لسلطان المسلمين ويلتزم أهلها بأحكام الإسلام والتي يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام ولا يمنعهم من ذلك مانع...

ثم إنه في مقارنته بين الشريعة والقوانين الرضعية يصل إلى أن أوجه الخلاف بينها وبين أحكام الشريعة الإسلامية محدودة يمكن إصلاحها.

وليس هو أول من يقول بذلك؛ فإنه ينسب إلى الإمام الشيخ / محمد عبده، أنه قال: "إن بعض البلاد الأجنبية وجد فيها مبادئ الإسلام ولو أن سكانها غير مسلمين، أما في بلادنا فهناك مسلمون لكن الإسلام غريب فيها...!!".

ويرى البعض أن ذلك يؤيد ما ورد عن النبي (ﷺ) من قوله: "إن الإسلام بدأ غريباً (في بلده) وسيعود غريباً - قطوبى للغرباء".

وغرباء عصرنا هم الذين يسعون للإصلاح عن طريق تطبيق مبادئ الشريعة وخصوصاً الشورى الحرة التي عطلتها المستبدون منذ زمن بعيد عندما سيطر الملك العضوض وقضى على الخلافة الراشدة التي تلتزم بالشورى، والذين يسعون لذلك يتعرضون بسببه للاضطهاد في بلادهم وينفون منها كما حدث للشيخ / محمد عبده، وأستاذه / جمال الدين الأفغاني، أو يضطهدون ويلجئون إلى بلد أجنبي كما هو حادث الآن بالنسبة للكثيرين، أو يعدمون شنقا كما حدث لفقيها الشهيد.

وفي لقاءتنا مع بعض هؤلاء "اللاجئين"، نجدهم يرددون قول الإمام / محمد عبده، ويفسرونه بأن كثيراً من مبادئ الشريعة الإسلامية المتعلقة بحقوق الإنسان وتأمين اللاجئين قد توصلت إليها وطبقته دول أجنبية - يصفها البعض بأنها دار حرب - في حين لا يجدون لها أثراً في بلادهم التي توصف بأنها إسلامية لأن سكانها مسلمون؛ ويذكرون على الأخص حماية حقوق الإنسان وحرية الشعوب - في اختيار حكامها ومساءلتهم - التي تقدها الشريعة ولا يعترف بها حكام كثير من البلاد التي يُعدّونها داخلة ضمن دار الإسلام.

صحيح أن الدول الأجنبية التي يعيشون فيها أو يلجئون إليها تؤيد سياسة الدول المعلنة للشكر للشريعة والحكومات التي تعلن مقاومة من يدعون لتطبيقها؛ بل وتقرض عليهم ذلك وتلزمهم به في بعض الأحيان، لكنهم بسبب احترامهم لقوانينهم ودساتيرهم "الرضعية" لا يستطيعون أن يقوموا بأعمال القهر والظلم والبغي على الأفراد مثل التي يمارسها الحكام المستبدون وأغوانهم في بعض بلاد الإسلام...

بل إن هناك بوادر تدل على أن بعض حكام الدول الأجنبية يتجهون إلى التنسيق مع النظم الاستبدادية في بلادنا، ولو استدعى ذلك إلى تعديل قوانينهم "الوضعية" ليتمكنوا من إكمال الحصار والاضطهاد على "الأصوليين" في بلادهم أيضا أسوة بما يقع في بلادنا على أيدي إخواننا من الحكام.

ومعنى ذلك أن مسئولية المطالبين بتطبيق الشريعة قد زادت؛ وسوف تزداد أكثر بسبب التكلفة التي بدت ملامحها في التشريعات الأجنبية الوضعية التي تتجه الآن إلى تقييد حقوق الإنسان المسلم أو اللجوء بحجة مقاومة "الأصولية" أو مقاومة الإرهاب ... ولم تعد نزيهة كما وجدها الشيخ/ محمد عبده في أيامه، وغيره ممن لجئوا لتلك البلاد قبل هذه الأيام.

معنى ذلك أن كفاحنا من أجل المبادئ الإسلامية التي تقدر حقوق الإنسان وتحمي حرمانه وحقه في المطالبة بتطبيق الشريعة؛ لم يعد مقصورا على بلادنا؛ بل أصبح كفاحا على مستوى العالم كله الذي تديره الآن وتخطط له قوى عالمية ترى أن الإسلام عقبة في سبيل استمرار هيمنتها، ويقول لها كثيرون من فلاسفتهم إن حضارته ستكون بديلا عن حضارتهم المادية بعد انهيارها - الذي يتوقعونه هم - مما يؤكد قوله بأن الشريعة الإسلامية ذات طابع عالمي في الأصل، وستكون كذلك في المستقبل.

ومن المؤكد أننا لن نكون وحدنا في هذه المعركة؛ بل إن كثيرين من الأحرار وأصحاب الفكر الرشيد في البلاد غير الإسلامية، بل وكثيرا من الشعوب والجماعات التي تقاسى من البغى والفساد المتزايد في بلادها ستشاركنا في هذا الجهاد ... وسوف تسعد بانتصارنا وتستفيد من مزايا شريعتنا. والتفاؤل الذي يشير إليه لأن بعض الأحكام الفرعية في القوانين الوضعية ليست بعيدة عن أحكام فقهاءنا (فيما يخص إقليمية القوانين والاستثناءات أو الأحكام التي تصل إليها فيما يخص الجيوش والطائرات والسفن ... إلخ) يوجب علينا القول بأن العبرة ليست بالأحكام التفصيلية والتقارب بشأنها بين فقهاء والنصوص الوضعية - بل الذي يهمنا ويجب أن تسعى إليه ونعمل له هو إعمال الأصول والمبادئ والنظريات العامة في شريعتنا، لتكون هي المنبع الذي نستمد منه اجتهاداتنا وتغنيها عن التسول على موائد غيرنا أو التبعية الثقافية أو السياسية لمن يسعى للسيطرة علينا واستغلال بلادنا وشعوبنا، ونأمل أن تستفيد منها النظم والقوانين الأجنبية في المستقبل.

هذا هو ما نقصده عندما نطالب بالالتزام بالشريعة ولم يعد يكفيننا تشابه الأحكام الفرعية طالما أن الأصول غير متفق عليها ...

٢٢٢- تسليم المجرمين وإبعادهم :- ذكرنا أن الدول الإسلامية تُعَدُّ كل منها ممثلة للإسلام في تطبيق الشريعة الإسلامية، فإذا جنى عراقي مثلاً جنائية في العراق أمكن محاكمته عنها في مصر، لكن قد يحدث أن يجنى المسلم أو الذمي أو المستأمن جنائية في بلد إسلامي ثم يهرب إلى بلد إسلامي آخر، أو يهرب إلى دار الحرب، فتطلبه الدولة التي وقعت في أرضها الجريمة لحاكمته، فهل يمكن تسليمه إليها لحاكمته أمام محاكمها ؟ وقد يشتهر الجاني بارتكاب الجرائم والإخلال بالأمن، فهل يمكن أن تبعد الدولة من أرضها من اتصف بهذه الصفات ؟ هذان موضوعان سنتكلم عنهما فيما يلي واحد بعد الآخر.

٢٢٣- أدلة - تسليم المجرمين :- من الممكن أن يقال : إن محاكمة الجاني على جرمته في محل وقوعها أفضل من محاكمته عليها في غير هذا المخل، وأدعى إلى ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الإجرام، لأن المخل الذي وقعت فيه الجريمة يتييسر فيه إقامة الأدلة ومناقشتها، لوجود الشهود به، وإمكان مشاهدة آثار الجريمة، والإحاطة بكل ظروفها - ٣٧٤- . كما أن عقاب المجرم على جرمته في محل ارتكابها يحفظ للعقوبة قيمتها كاملة. فالعقوبة مقصود منها التأديب والزجر، تأديب المجرم وزجر غيره ممن شهدوا الجريمة أو علموا بها. والعقوبة التي تقام في غير محل الجريمة إذا أدت لتأديب المجرم فإنها لا تؤدي وظيفتها كاملة من حيث الزجر. وعلى هذا يحسن أن يسلم الجاني إلى الدولة صاحبة السلطان على محل الجريمة لحاكمته، وإن لم يكن ثمة ضرر كبير من محاكمة الجاني في الدولة التي هرب إليها طالما كان تشريعها هو نفس تشريع الدولة التي تطلب التسليم.

ولكن من الممكن أن يقال أيضاً : إن في تسليم الجاني الذي ينتمي إلى دولة معينة إلى دولة أخرى لحاكمته على جريمة ارتكبها في أرض الدولة الأخيرة يعرض الجاني لعدم التمكن من الدفاع عن نفسه بين قوم لا يعرفهم ولا يتصل بهم بصلة الجنس أو اللغة، وقد يؤدي التسليم لظلمه والإضرار به.

هذان رأيان يخطر كلاهما بالذهن إذا فكرنا في تسليم المجرمين؛ ولكل منهما وجهته ومحاسنه وعيوبه. وقد راعت الشريعة الإسلامية كل هذه الاعتبارات حين اختطت خطة وسطاً بين هذين الرأيين تضمن بها تحقيق العدالة بقدر الإمكان، وتمنع الظلم عن رعايا الدولة الإسلامية بقدر المستطاع، وأساس هذا الرأي الوسط التفرقة بين التسليم لدولة إسلامية، والتسليم لدولة غير إسلامية.

تعلق "رقم- ٣٧٤-": مع إمكان الاستماع إلى الشهود والإحاطة بظروف الجريمة، ومع تمكنه من الدفاع عن نفسه وإلا فلا يصح ذلك.

رأينا في "التعلق- ٣٧٤-": تحفظ السيد الصدر في محله لأن مبدأ إقليمية القضاء معترف به ويوجب اختصاص قضاء الدولة التي وقعت الجريمة بأرضها ووجوب تسليم المجرم لها - لكننا نرى أنه لا يجوز التسليم إلا في حالة التأكد من نزاهة التحقيق وتمكين المتهم من الدفاع عن نفسه.

٢٢٤- التسليم لدولة إسلامية :- ليس في الشريعة ما يمنع من أن تسلم أي دولة إسلامية لأي دولة إسلامية أخرى أي مسلم أو ذمي أو مستأمن ارتكب في أرض إحدى الدولتين جريمة ما، والتجأ إلى أرض الأخرى مالم تكن هذه الدولة الأخرى قد حاكمته فعلا على هذه الجريمة طبقا لنصوص الشريعة، فإن لها أن تمتنع عن تسليمه؛ لأنه لا يجوز طبقا للشريعة أن يعاقب على الفعل الواحد مرتين. فإن كانت المحاكمة التي تمت على غير أساس الشريعة، فليس للدولة أن تمتنع عن التسليم إذا كانت الدولة طالبة التسليم تنوى أن تحاكم الجاني طبقا لنصوص الشريعة. ولا عبرة بالعقوبة التي وقعت على الجاني على خلاف نصوص الشريعة، ولا قيمة للمحاكمة التي انتهت بهذه العقوبة، لأنها محاكمة باطلة لقيامها على نصوص باطلة لا تعترف بها الشريعة وللدولة المطلوب منها التسليم أن تمتنع عن التسليم إذا كانت تنوى أن تحاكم الجاني وتطبق عليه نصوص الشريعة، وكانت الدولة طالبة التسليم لا تطبق نصوص الشريعة، أو لا تنوى تطبيقها، وهذا طبعاً لا يكون إلا في الجرائم ذات العقوبات المقدرة أي في جرائم الحدود والقصاص.

وعلة جواز التسليم ومنع التسليم واحدة، وهي أن كل بلد إسلامي يُعَدُّ جزءاً من دار الإسلام وأن كل الدول الإسلامية تُعَدُّ مثلاً للإسلام، وعلى كل منها أن تقيم حدوده، وتنفذ أحكامه. ففي حالة التسليم لا يسلم الجاني إلى دولة غريبة عنه، ولا يحاكم بشريعة يجهلها، ولا يعرضه التسليم لظلم أو ضرر، والتسليم لا يقصد منه إلا ضمان تحقيق العدالة والزرع عن الإجرام، وفي حالة الامتناع عن التسليم لدولة إسلامية لا يكون الامتناع إلا لإقامة نصوص الشريعة ولتحقيق العدالة والزرع عن الإجرام.

٢٢٥- التسليم لدولة غير إسلامية :- لا تحيز الشريعة الإسلامية لدولة إسلامية أن تسلم رعاياها مسلمين أو ذميين ليحاكموا في دار الحرب عن جرائم ارتكبوها في تلك الدار. ولا يجوز لدولة إسلامية أن تسلم أيضاً رعايا أي دولة إسلامية أخرى لدولة غير إسلامية، لأن هؤلاء في حكم رعاياها من الوجهة الشرعية.

ولا تحيز الشريعة لدولة إسلامية أن تسلم مسلماً منتحلاً لدولة محاربة إذا هاجر لدار الإسلام من دار الحرب، ولو طلبته الدولة التي كان يقيم بأرضها، مالم يكن هناك اتفاق سابق على التسليم، فإن كان هناك اتفاق سابق وجب الوفاء بشروطه إلا الباطل منها، ويُعَدُّ الاتفاق على التسليم باطلاً إذا كان له أثر رجعي، أي إذا أريد به تسليم المسلمين اللاجئين لدار الإسلام قبل الاتفاق. ويُعَدُّ باطلاً كل شرط يقضي بتسليم النساء المسلمات اللاتجنات إلى دار الإسلام سواء لجأت لدار الإسلام قبل الاتفاق أو بعده، فالمرأة المسلمة لا يجوز تسليمها بأي حال لدولة غير إسلامية، ولو كانت من رعاياها أصلاً، ولو كان لها زوج وأولاد وأهل يطلبونها في دار الحرب، لقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مِهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَأَهْنَّ لَهُنَّ حُلُّهُنَّ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠].

عوده وقد اختلف في صحة شرط تسليم الرجال المسلمين بعد الاتفاق، فيرى أحد وبعض الفقهاء في مذهب مالك أنه صحيح ويجب الوفاء به^(١). ويرى أبو حنيفة وبعض الفقهاء في مذهب مالك أن شرط التسليم باطل، وحيث لا يجيزون تسليط غير المسلم على المسلم بأي حال^(٢). ويقرق الشافعية-٣٧٥- بين من له عشيرة تحميه، في دار الحرب، ومن ليس له عشيرة تحميه، ويجيزون تسليم الأول دون الثاني، وأساس منع التسليم عندهم هو خشية الفتنة^(٣).

ويلاحظ أن من أسلم من أهل دار الحرب ولجأ إلى دار الإسلام يُعَدُّ بدخوله دار الإسلام من أهل هذه الدار، ورعية للدولة الإسلامية التي دخل أرضها، ومن ثم فالدولة حين تمتنع عن تسليمه إنما تمتنع عن تسليم أحد رعاياها، وهذا في ذاته تطبيق لقاعدة الشريعة العامة التي لا تجيز للدولة الإسلامية أن تسلم رعاياها لدولة غير إسلامية. ولا يُعَدُّ تسليم الرعايا لدولة إسلامية أخرى خروجاً على هذه القاعدة العامة، لأن أراضي الدول الإسلامية كلها تُعَدُّ داراً للإسلام وتخضع لشريعة واحدة هي الشريعة الإسلامية، ولأن كل دولة إسلامية تمثل النظام الإسلامي في العالم كله. ويجوز لأي دولة إسلامية أن تسلم المستأمن للدولة التي يتبعها إذا طلبته لتعاقبه على جريمة ارتكبها في بلده بشرط أن يكون هناك اتفاق يقضي بذلك-٣٧٦-، ولكن ليس لها أن تسلمه إلى دولة أخرى غير دولته-٣٧٧-، لأن هذا يتنافى مع عقد الأمان الذي

تعليق "رقم-٣٧٥-": وهو أرجح الأقوال عند فقهاء المذهب الجعفرى.

تعليق "رقم-٣٧٦-": أو كانت تلك الدولة إسلامية.

تعليق "رقم-٣٧٧-": إلا أن تكون تلك الدولة إسلامية.

رأينا في "التعليقات-٣٧٥-، ٣٧٦-، ٣٧٧-": تعليق السيد الصدر متفرع عن رأيه الذي أبداه في تعليقه رقم-٣٧٤-، وهو ضرورة ضمان تمكن المتهم من حق الدفاع، وإن كان هنا يعبر عنه بأن تكون له عشيرة تحميه.

إن موضوع التسليم يخضع عادة للمعاهدات التي تلتزم بها الدول في العصر الحاضر فيما بينها، وتكون أحكامها متبادلة - ولا ترى أن الدول التي نصفها الآن بأنها إسلامية تفرق في تلك المعاهدات بين الدول الإسلامية وغيرها، لذلك فإن تحفظات السيد الصدر في التعليقين-٣٧٦- و-٣٧٧- خاصة بالحالات التي لا توجد فيها معاهدات بين الدول تلتزم بتنفيذها.....

(١) المغنى جـ ١٠ ص ٥٢٤، مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٨٦.

(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٩٦، روح المعاني للألوسى جـ ٢٨ ص ٦٨، ٦٧، مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٨٧.

(٣) المذهب جـ ٣ ص ٢٧٧، أسنى المطالب جـ ٤ ص ٢٢٧.

عوده أعطى له فأمّن بمقتضاه على نفسه، إلا أن يكون هناك عهد بين الدول الإسلامية وبين الدولة طالبة التسليم يقضى بالتسليم فيَعِدّ الأمان قائماً على أساس التقيد بهذا العهد، ويجوز التسليم وفاء بالعهد.

وقاعدة الشريعة التي تقضى بالآ تسلم الدولة رعاياها هي القاعدة التي تأخذ بها أكثر الدول اليوم، ولكن بعض الدول كإنجلترا وأمريكا تجيز تسليم رعاياها دون اشتراط المثل، وهو مبدأ لا تأخذ به الشريعة إلا فيما بين الدول الإسلامية فقط. فالمبدآن المعمول بهما اليوم في العالم هما مبدأ الشريعة الإسلامية بالذات، ولكن الشريعة تطبق كلا منهما في حالات معينة، بينما الدول اليوم تأخذ بأحد المبدأين دون الآخر، ولا تجمع بينهما كما فعلت الشريعة.

والدول الحديثة متفقة اليوم على ألا تسلم من يكون خاضعاً لقضائها في الجريمة المطلوب التسليم من أجلها ولو كان الجاني أجنبياً. وهذا تطبيق لمبادئ الشريعة، لأن الدولة إذا كانت مختصة بالجريمة فعليها أن تعاقب الجاني، وإذا عاقبته فلا معنى لتسليمه بعد ذلك.

إنه يشير إلى تسليم المجرمين إلى دولة إسلامية أو دولة غير إسلامية. ومن واجبا أن ننبه إلى أنه لا يكفي للاعتراف بصفة الدولة الإسلامية أن يكون سكانها مسلمين، أو مجرد النص في دستورها أو قوانينها الرضعية على ذلك. بل يحسن أن نراعى المعيار الموضوعي الذي أشار له مرارا وهو أن تكون ملتزمة بسيادة الشريعة ومنفذة لمبادئها وأحكامها.

وإذا أخذنا بهذا المعيار، فإننا نستطيع القول بأن ما تسير عليه بعض الدول الأجنبية من إعطاء حق اللجوء السياسي لمن يهربون إليها من بغى حكومات مستبدة لا تحترم حقوق الإنسان ولا تلتزم بمبادئ العدالة الزهية الصحيحة - يتفق مع مبدأ إسلامي صحيح يدعو إليه العلماء والفقهاء وقد نص عليه القرآن صراحة بقوله تعالى: ﴿وَأِنْ أَحَدُ

من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه﴾ [التوبة: 6]. وإذا كان القرآن يوجب حماية المشرك اللاجئ والمستجير، فإن ذلك أوجب من باب أولى بالنسبة للمسلم اللاجئ، حتى لا يتكرر ما أسب إلى بعض فرق الخوارج الشاذة من إعطاء حق اللجوء للكافر وإنكاره على المسلم اللاجئ، مما يتنافى مع أصول الإسلام ومقاصد شريعته ويدفع البعض لإعلان كفره حتى يضمن لنفسه الأمن والأمان... محتميا بحجسته الأجنبية، بعد أن وصل الأمر إلى اعتقاد كثيرين أن الانتماء إلى دولة مسلمة لا يضمن للإنسان أى حق من حقوقه الإنسانية وحرياته الشخصية.

من المؤسف أن بعض الدول التي توصف بأنها إسلامية لا تحترم التزامها الشرعي بحماية اللاجئين السياسيين إذا كانوا من المسلمين، بل تسير على أن تتعهد بتسليم المسلمين اللاجئين إليها إلى حكومات تطاردهم وتضطهدهم، وهي بذلك تنتكح لواجبها الديني والإسلامي بحماية من يلجأ إليها، وتسلمه لمن يضطهدونه مقابل تعهد تلك الحكومات بأن تسلمها من يلجئون إليها من رعاياها الذين تطاردهم، لأنهم يستقدونها أو يعارضونها. فهم يجيزون لأنفسهم مخالفة ما توجبه الشريعة من تأمين اللاجئين مقابل قيام غيرهم بالتعهد لهم بنفس المخالفة لمصلحة نظمهم ومصالحهم الشخصية، وبذلك يكون الإخلال بالمبادئ الشرعية في حماية المستجيرين واللاجئين هو الذي يجمع بين النظم الاستبدادية ولو كانت تُعد في نظر البعض مسيطرة على بلد مسلم لكن سلطاته لا تلتزم بمبادئ الإسلام إلا إذا كانت لصالح المسيطرين فيها، المستبدين بأفراحها وشعوبها.

❁ لا يجوز تسليم المسلم إلى بلد لا يلتزم بالشريعة ولا يحترم حقوق الإنسان

على العموم، فقد قلنا من قبل إن تكرار الآراء الموروثة في هذا الموضوع - وما قاله أسلافنا بشأن "الدولة الإسلامية" أو "دار الحرب ودار الإسلام" يجب مراجعته كله وعدم تقديمه في أيامنا هذه إلا بعد التأكد من وجود الدول التي تلتزم بالشريعة وتخضع لها، أو وجود حالة حرب فعلية بينها وبين دولة أجنبية .. وفي حدود ذلك .

إننا نرى فيما يتعلق بحق المطالبين بتطبيق الشريعة أو دعاة الإسلام في اللجوء السياسي أن هناك اتجاهًا واضحًا للتقارب بل والتعاون بين كثير من النظم الاستبدادية في بلادنا والدول الإمبريالية التي ترسم خططها للقضاء على ذاتية أمتنا ومقاومة شعوبها وأفرادها ويلتزمون مبدأ الجهاد ضد السيطرة الأجنبية. فكان حالة "الحرب" بين الدول التي تعارض طلب شعوبنا بتطبيق شريعتنا قد حل محلها صور كثيرة من التبعية أو التحالف فيما بين الدول الأجنبية وبعض النظم في البلاد التي تطالب شعوبها بتطبيق الشريعة، ضد دعاة الإسلام ومن يجاهدون في سبيل أصول الشريعة ومبادئها، وكان هناك خطة لوصف جميع هؤلاء بأنهم "أصوليون" أو أعداء "النظام العالمي" أو "المجتمع الدولي" الذي تمثله قوى إمبريالية تصر على حُسبان شريعتنا مخالفة لما يسمونه تشريعناهم "الحديثة" ... والأصح أنهم يخشون أنها تقدم للشعوب ما يعينها على مقاومة طغيان المستكبرين الإمبرياليين ... وهو مبدأ الجهاد ضد القوى الأجنبية التي تحتل بعض بلادنا أو تفرض سيطرتها علينا، ويحمل لواءه أمثال رجال المقاومة الإسلامية في فلسطين ولبنان ممن تصر بعض الدول على وصفهم بإرهابيين، بل ووصف الحكومات التي تؤيدهم بأنها دول تؤوى الإرهاب، وفي الوقت نفسه تتجاهل تلك الدول كل أعمال البغي والعدوان التي تمارسها الصهيونية يوميًا .

٢٢٦- تسليم الأرقاء :- وتتفق الدول اليوم على عدم تسليم الأرقاء الهاربين، وهو مبدأ قرره الدول في القرن الماضي بعد إبطال الرق، ولكن هذا المبدأ قرره الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرناً. ونستطيع أن نقول: إنه تقرر على وجه التحديد يوم الحديبية، فقد لجأ عدد من عبيد قريش إلى معسكر المسلمين في هذا اليوم، فأرسلوا في طلبهم، وقالوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إنهم ماخرجوا رغبة في دينك، وإنما خرجوا هرباً من الرق. فقال ناس من المسلمين: صدقوا يا رسول الله ردهم عليهم. فغضب رسول الله، وقال: "هم عتقاء الله". والقاعدة في الشريعة-٣٧٨- أن الرقيق إذا أسلم ولجأ إلى دار الإسلام، أو معسكر المسلمين أو أسلم وبقي في دار الحرب حتى ظهر المسلمون عليها، فهو حر في كل هذه الأحوال، ولا يجوز رده^(١).

ويرى الشافعي رده في حالة واحدة، وهي إذا أسلم في دار الحرب ثم هاجر بعد الإسلام، وكان بين أهل دار الحرب وبين دار الإسلام عهد، لأن العبيد مال، وأهل دار الحرب في أمان على أنفسهم ومالهم بالعهد القائم بينهم وبين دار الإسلام. ويرد أحمد على هذا الرأي بأن الأمان أعطي لهم على ما في قدرة المسلمين عمله، وما هو في قبضة المسلمين، والأرقاء في قبضة أهل دار الحرب لا في قبضة المسلمين^(٢).

٢٢٧- تسليم المجرمين السياسيين والعسكريين :- وتتفق الدول أيضاً على عدم تسليم المجرمين في الجرائم السياسية والجرائم العسكرية، وليس في قواعد الشريعة الإسلامية ما يمنع من إقرار هذه الجزئيات؛ لأنها لا تختلف مع قواعد الشريعة العامة التي بسطناها فيما سبق.

تعليق "رقم-٣٧٨-": ويعتمد فقهاء المذهب الجعفري على هذه القاعدة.

رأينا في "التعليق-٣٧٨-": تراجع الحاشية.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٤٦، المهذب ج ٢ ص ٢٢٩، المغني ج ١٠ ص ٥٢٣، مواهب

الجليل ج ٣ ص ٣٨٦.

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٧٩، أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٢٨، المغني ج ١٠ ص ٥٢٣.

نشير إلى ما قاله من أن سبق الإسلام إلى حماية الرقيق في الماضي كان بداية المسيرة الإنسانية إلى تحرير الرقيق وتحرير الإنسان عموماً. وعلينا أن نضيف إلى ذلك أن مبادئنا لا تتوقف عند هذا الحد؛ لأنها أوجبت الدفاع عن حقوق الناس جميعاً وخصوصاً المستضعفين منهم ضد من يضطهدون الناس أو يظلمونهم أو يغبون عليهم مستخدمين سلطة الدولة التي يمارسون الولاية فيها. وقد عبر عن ذلك الفاروق عمر بن الخطاب بقوله لمن بغى على أحد الأفراد: "متى استعبدتم الناس وقد ولدكم أمهاتهم أحراراً". فعند الفاروق مجرد ظلم الناس أو الاعتداء عليهم اعتماداً على إمساك المعتدين بزمام السلطة هو استعباداً - وهذا هو ما نقصده بالرق الجديد .

ومبدأ عدم تسليم التهمين في الجرائم السياسية أو المضطهدين في بلادهم إنما هو تطبيق لهذا المبدأ الإسلامي لتحرير الناس من العبودية لأصحاب السلطة الذين يضطهدونهم ويستعبدونهم. إن بعض الحكام المستبدين يستعبدون شعوبهم ويفرضون سيطرتهم على إخوانهم في الوطن بالاستيلاء على السلطة بالقوة ودون حق، واضطهاد أفراد شعوبهم بحجة أنهم يعارضونهم فعلاً أو أنهم يحتمل أن يعارضوهم في المستقبل، أو مجرد أنهم يكرهون ظلمهم وحكمهم. إنهم يستخدمون سلطتهم لمنع أى فرد من أن يكون له مركز أدبي أو نفوذ شعبي؛ لأن ذلك يرشحه لكي يكون بديلاً عنهم وعن أحوالهم من المنافقين .

إنهم يستخدمون احتكارهم لوسائل الإعلام للتشهير بمن يعادونهم خصوماً أو منافسين لهم، حتى ولو كانت المنافسة مشروعة بطريق الترشيح في الانتخابات الحرة، أو المشاركة في النقابات أو الجمعيات بل والشركات ... ويهاجمون المشروعات الاقتصادية أو الاجتماعية الناجحة بالاستيلاء عليها وإبعاد المخلصين الصالحين من إدارتها، إنهم بكل صراحة يضطهدون كل من يحظى لدى الجماهير بسمعة طيبة أو نفوذ شعبي، أو من يعملون فعلاً لصالح شعوبهم ويكسبون ثقتها مجرد أن ذلك قد يرشحهم ليكونوا بديلاً عنهم ...

إن بعض المستبدين يسير على نهج الاستعلاء الذي استنكره أمير المؤمنين الفاروق عمر، عندما اعتدى ابن عاملة عمرو بن العاص على صبي مجرد أنه سبقه؛ وظن أن من يسبق "ابن الأكرمين"، يستحق التأديب والعقاب !!!... لأن الجميع يجب أن يكونوا أقل ممن بيده السلطة، وأقل من أولاده وأحواله .

استعلاء من يتولون على السلطة ويتكرونها: عدوان

على حقوق الأفراد والشعوب لانتقده الشريعة بل حرمته :

نحن إذن في حاجة إلى مبادئ فقهية تعالج ظاهرة استعلاء من يتولون السلطة ويسعون لاحتكارها واستمرار نفوذهم باضطهاد من يناقسونهم أو يخشون منافستهم في المستقبل - وهذا هو الرق الجديد الذي حل محل الرق القديم الذي بدأت شريعتنا مسيرة التضييق عليه بحماية الأرقاء والمستضعفين وضمان حسن معاملتهم وفرض إجراءات عديدة لتحريرهم، كما وضع أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أسس حماية المستضعفين والمضطهدين من غير الأرقاء التقليديين عندما أدب ابن الأكرمين وهدد أباه لأنهم استعبدوا الناس أى ظلموهم وبغوا عليهم اعتمادا على السلطة التي بيدهم. إنهم جعلوا منهم مستعبدين جددا مع أنهم جميعا قد ولدتهم أمهاتهم أحرارا. هذا الاستعباد هو الرق الجديد الذي جاء الإسلام لتحرير الناس منه، حتى قال رسول جيش المسلمين للملك فارس: إنا جئنا لإخراج الناس من عبادة الشتر (أى من العبودية لأمثالك من المستبدين) إلى عبادة الله وحده.

أول الضمانات اللازمة لمنع هذه العبودية المستحدثة: هو الالتزام بمبدأ عدم تسليم اللاجئين السياسيين لمن يضطهدونهم أو يطاردونهم مجرد أنهم يعارضونهم أو أنهم يطالبون بالحكام بالالتزام بشريعة الإسلام ومبادئه وأحكامه، وعدم تشجيع الحكام على اضطهادهم في بلادهم أو مطاردتهم خارج بلادهم بحجة أنهم ارتكبوا ما يسمونه جرائم سياسية يتكرونها من عندهم ويزيدون في عددها وصورها وعقوباتها بالقوانين الوضعية سيئة السمعة، بل والاتفاق بين الحكومات على فرض قوانين وأحكام جائرة لانتقدها شريعتنا، بل ويسرفون فيها ويتخذونها حسب أهوائهم أداة للبغي والاستبداد بالشعوب والأفراد وبخاصة من يُعدُّونهم معارضين أو منافسين لهم أو أنهم أفضل منهم وأحب إلى الجماهير منهم ...

٢٢٨ - قل يمكن معاقبة الحريين الذين أسسوا ولجأوا إلى دار الإسلام؟ عرفنا أن الشريعة لا تجيز تسليم النساء إطلاقاً، وأما لا تجيز تسليم الرجال مالم يكن هناك اتفاق سابق، وأن تسليم الرجال حتى في حالة الاتفاق مختلف عليه، فهل يمكن مع هذا أن نعاقب المسلم الذي لجأ من دار الحرب إلى دار الإسلام على جريمته التي ارتكبها في دار الحرب؟ وللدرد على هذا السؤال يجب أن نفرق بين فرضين، أولهما أنه ارتكب هذه الجرائم قبل الإسلام، وثانيهما أنه ارتكبها بعد الإسلام. فإن كانت الجرائم قبل الإسلام فلا عقاب عليها باتفاق؛ لأن القاعدة في الشريعة أن الإسلام يجب ما قبله، وأساس هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]. وقد طبقت هذه القاعدة على من آذوا الرسول والمسلمين، ومن قتلوا المسلمين أو مثلوا بهم، مثل كعب بن أبي الذي آذى الرسول والمسلمين بهجائه، ومثل وحشى قاتل حمزة بن عبد المطلب، ومثل هند زوجة أبي سفيان التي مثلت بحمزة بعد قتله.

أما إذا كانت الجرائم قد ارتكبت بعد الإسلام، فإذا طبقنا نظرية أبي حنيفة وأبي يوسف فلا عقاب، لأن الجرائم وقعت في أرض الحرب ولا ولاية للمسلمين عليها، والعقاب على الجريمة يقتضى الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها. وإذا طبقنا نظرية مالك والشافعي وأحمد وجب العقاب-٣٧٩-، بشرط أن يكون الجاني عالماً أو في إمكانه أن يعلم أن الشريعة تحرم هذه الأفعال، فإن لم يكن عالماً ولا في إمكانه أن يعلم بالتحريم فلا عقاب، وإن كان عالماً أو في إمكانه أن يعلم فإنه يعاقب على ما تحرمه الشريعة. أما مالا تحرمه فلا عقوبة عليه ولو كان محرماً في دار الحرب^(١).

تعليق "رقم-٣٧٩-": وهو الرأي الراجح كما أنشأنا إليه سابقاً.

رأينا في "التعليق-٣٧٩-": تراجع الحاشية.

(١) راجع الفقرات من ٢١٤ إلى ٢١٦ والفقرة ٣٩٨.

ما قاله فقهاؤنا عن عدم جواز تسليم "الحريين" الذين يلجئون لدار الإسلام؛ كان يناسب ظروف زمانهم عندما كانت الأمة الإسلامية تحمى الهاربين من ظلم حكام حريين غير مسلمين؛ وأصبحنا الآن نواجه إلى جانب ذلك هروب المسلمين من الاضطهاد في بلاد توصف بأنها إسلامية برغم أنها لا تطبق الشريعة ولا تسمح للناس بأن يطالبوا بذلك وتضطهدهم، مما يؤدي إلى التجائهم إلى البلاد الأجنبية؛ ولم نعد نسمع عن أحد يلجأ إلى بلادنا هرباً من ظلم الحكام في البلاد الأجنبية التي ما زال البعض عندنا يصفها بأنها دار حرب وهي دار عهد وسلم في الواقع، ويظن كثيرون من المضطهدين للأسف الشديد أنها أصبحت دار أمن وأمان للمسلمين الهاربين من ظلم حكام الجور، وقد ينسون أو يتجاهلون في كثير من الأحيان أن هذه الدول الأجنبية هي التي تشجع حكام الجور في بلادنا على البغي والاستبداد وتكافئهم على ذلك وتزودهم بالنصائح وبالمدونات العسكرية والمالية والدعم الإعلامي والسياسي، بل هي تفرضهم على شعوبنا فرضاً كلياً أتيح لها ذلك. ثم إنها هي التي تستفيد فعلاً من سياستهم الاستبدادية وقد تفرضها عليهم؛ بل إنها تفرض الحصار على أي حكومة إسلامية بحجة أنها تؤوي الهاربين من ظلمهم، أو يلجأ إليها الهاربون من الاضطهاد والقمع في بلادهم، حتى لا يكون أمام الهاربين من الظلم إلا أن يلجئوا إلى بلاد غير إسلامية لتساوم عليهم وتحكم فيهم وتعدّ العدة لإبادتهم أو إبادة شعوبهم في بلادهم وغير بلادهم باستعمال ما يسمونه "النظام العالمي الجديد" الذي يريدون أن يجعلوه أداة لاضطهاد المسلمين في كل مكان.

إن علينا أن نكتفي بما قدمه من صورة واضحة لآراء فقهاءنا في أحكام اللاجئين في زمانهم، لكن زماننا وأحوالنا يحتاجان إلى فقه جديد.

اللاجئون في زماننا يحتاجون منا إلى جهد أكبر في استنباط أحكام تناسب ظروفنا التي أصبح فيها وصف شخص بأنه "حربي" غير ذي موضوع... بل ربما يظن البعض أن وصف دولة ما بأنها "إسلامية" ترفضه كثير من الدول التي تحكم بلاداً إسلامية، بل وتعلن ذلك وتباهي به تقرباً من أعدائنا الذين لا يملكون من إعلان خططهم لاقتلاع الإسلام من بلادنا... ومنع شعوبنا من تطبيق الشريعة.

* * *

نعتقد أن إسلام الشخص بعد ارتكابه جريمة يُعدّ توبة منه، ولذلك فإن القاعدة هي أن الإسلام يُحِبُّ ما قبله بحسبانه توبة، وهذا يوجب علينا أن نبحث في مبدأ أثر التوبة عموماً، بالنسبة للمسلم الذي ارتكب معصية أو جريمة ثم تاب، وأثر ذلك في العقوبات، ليس في نطاق التعازير فقط، بل والأهم هو أثرها في الحدود جميعاً.

٢٢٩ - ثانياً - إبعاد المجرمين : يختلف حكم الإبعاد بحسب ما إذا كان

الشخص من أهل دار الإسلام أو من أهل دار الحرب :
إبعاد المسلمين والذميين : رأينا فيما سبق أن بلاد المسلمين جميعاً تُعدُّ وحدة واحدة، وتسمى دار الإسلام. ويترتب على عُدَّها وحدة واحدة أنه لا يجوز منع المسلم أو الذمي من دخول أى إقليم إسلامي آخر غير الإقليم الذى يقيم فيه أصلاً.

والأصل فى الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز إبعاد المسلم أو الذمي عن دار الإسلام، لأن نفى المسلم عن دار الإسلام يعرضه للفتنة، ويؤدى به إلى الهلكة، ويحول بينه وبين إظهار شعائر الدين، ولأن نفى الذمي عن دار الإسلام مناقض لعقد الدمة.

ويترتب على حسابان بلاد المسلمين وحدة واحدة، وعلى عدم جواز إبعاد المسلم أو الذمي عن دار الإسلام، أنه لا يجوز للدولة إسلامية أن تبعد مسلماً أو ذمياً من أرضها، ولو كان المسلم أو الذمي من غير رعاياها، ولو كان قد دخل أرضها ليقيم بها إقامة مؤقتة.

فقواعد الشريعة الإسلامية إذن لا تسمح بمنع المسلم أو الذمي من دخول أى بلد إسلامي، ولا تبيح إبعاد المسلم أو الذمي من أى بلد إسلامي دخله، لأن المسلم أو الذمي لا يُعَدُّ بأى حال أجنبياً عن دار الإسلام، ولا عن دوله، فكل بلد فى دار الإسلام يُعَدُّ بلده، وكل دولة أو حكومة فيها تُعَدُّ دولته وحكومته؛ لأنها تمثل الإسلام، ومن يعتنقه من المسلمين، ومن يلتزم أحكامه من الذميين، قبل أن تمثل الإقليم ومن يتوطنه من المسلمين والذميين.

وإذا كان الأصل أنه لا يجوز منع رعايا دولة إسلامية من الدخول فى أرض دولة إسلامية أخرى، أو إبعادهم عنها، فهل يجوز إذا دعت لذلك ضرورة المحافظة على الأمن العام، أو النظام، أن تضع الدول قيوداً على دخول البلاد التى تحكمها بقدر ماتستدعيه تلك الضرورة؟ وهل يجوز للدول الإسلامية إذا دعت الضرورة إبعاد من ليسوا رعاياها أصلاً إلى بلادهم الأصلية أو إلى أى بلد آخر ؟

من القواعد الأولية فى الشريعة الإسلامية أن الضرورات تبيح المحظورات، وأن كل ضرورة تقدر بقدرها. ومعنى ذلك، أن ما لا يباح عمله فى الظروف العادية يباح عمله عند الضرورة، بشرط ألا يتعدى ذلك الحاجة ودواعى الضرورة. وتطبيقاً لهاتين القاعدتين الأوليين يجوز للدول الإسلامية عند الضرورة أن تضع قيوداً على دخول البلاد التى تحكمها، بقدر ماتستدعيه حالة الضرورة، وبشرط ألا يمكن دفع الضرورة بوسيلة أخرى، ويجوز للدول الإسلامية عند الضرورة أن تبعد أى مسلم أو ذمى عن أرضها، إذا لم يكن هناك وسيلة لدفع الضرورة إلا الإبعاد. ويجوز أن يكون الإبعاد لبلد المبعد الأصلية أو لأى بلد إسلامي آخر، ولكن لا يجوز بأى حال أن يكون الإبعاد إلى دار الحرب، ولو كان بين دار الإسلام وبين المكان الذى أبعد إليه من دار الحرب موادة.

عنده

ولكنى مع هذا، أرى أنه ليس لدولة إسلامية أن تحرم دخول أرضها على رعايا دولة إسلامية أخرى، ولا أن تمنعهم من الإقامة فيها بحجة ضرورة المحافظة على الأمن والنظام، أو بأى حجة أخرى، لأن فى يد كل دولة من إجراءات الأمن، ومنصوص الشريعة، مايسد الحاجة ويدفع كل ضرورة، ويمكن الدولة من المحافظة على الأمن والنظام، وحماية كل مرفق، ومراقبة المشبوهين، وأخذهم بنشاطهم المضاد لمصالح الدولة. وإذا كان هذا كله فى متناول الدولة، ولا يعطل تنفيذ قاعدة من قواعد الشريعة، فليس للدولة أن تعدل عنه بحجة الضرورة إلى مايعطل قاعدة مهمة من قواعد الشريعة. وإذا كانت الدولة لا تستطيع إبعاد رعاياها ولا منعهم من دخول أرضها، وتكتفى فى دفع مايصدر منهم بهذه الوسائل التى ذكرناها، فأولى بالدولة أن تكتفى بنفس الوسائل فى دفع الغرياء والمهاجرين الذى هم أضعف حيلة وأقل مقاومة من الرعايا المستوطنين.

فعل كل دولة إسلامية إذن ألاّ تبعد رعايا الدول الإسلامية الأخرى، وألاّ تمنعهم من دخول أرضها، وأن تعاملهم كرعاياها تماماً. وإذا أتوا ما يحل بالأمن عاقبتهم بما يستحقون كما تعاقب رعاياها-٣٨٠-. وهذا الذى نقول هو الرأى الذى يتفق مع أغراض الشريعة الإسلامية ومراميها من توحيد دار الإسلام وجعلها دار أمن وسلام لكل مسلم وذمى. أما الرأى المضاد فيؤدى فوق ماذكرنا له من عيوب إلى عدم المساواة، وإثارة النزعات الوطنية والجنسية، وهذا مايجاربه الإسلام ولا يرضاه.

الصدر

تعليق "رقم-٣٨٠-": نعم يباح لها منع غير رعاياها من دخول بلادها إذا لم تتمكن من حفظ الأمن مع وجودهم فى بلادها.

النشأوى

رأينا فى "التعليق-٣٨٠-": شرط حفظ الأمن الذى يضيفه السيد الصدر واسع لايمكن ضبطه - ويؤدى عملاً إلى إلغاء القاعدة التى يرجحها فقيها.

وهذا الرأى يجعل تعدد الدول الإسلامية معناه القضاء على وحدة الأمة ذاتها، لأن وحدة الأمة هى التى تستوجب المساواة بين جميع المسلمين فى حق الإقامة فى دار الإسلام كلها، برغم تعدد دولها.

ما قلناه بصدد مشكلة تسليم اللاجئين يطبق كذلك على الإبعاد. فالوضع الحالي يختلف تماماً عن الأوضاع التي نشأت في ظلها الاجتهادات الفقهية التي يعرضها - وهذا يضع على عاتق الأجيال الجديدة من الفقهاء أن يجتهدوا لاستنباط الأحكام المناسبة لها، إلى أن توجد دول تتفق على أن تلتزم بمبادئ شريعتنا، وأولها ما توجه من تقديس حريات الشعوب والأفراد.

وإلى أن توجد دار الإسلام الكبرى التي تسود فيها الشريعة وتلزم سلطاتها بتطبيقها، فإن الكلام عن دار الإسلام ودار الحرب يكون سابقاً لأوانه في عصرنا. ووصف بلد معين لا يلتزم بتطبيق الشريعة بأنه دار إسلام أو وصف جميع الدول غير الإسلامية بأنها دار حرب فيه تجاوز لا نقره، وقد قلنا إن جميع بلاد العالم الآن أصبحت دار عهد وسلام - ويجب أن يراعى ذلك في كلامنا عن الإبعاد أو عن التسليم....

نحن نؤيد ما قاله فقيهنا من أنه ليس لدولة تصف نفسها بأنها إسلامية أن تحرم دخول رعايا دولة إسلامية أخرى إلى إقليمها ولا أن تمنعهم من الإقامة فيها بأي حجة. كما لا يجوز لها أن تعاملهم معاملة أقل من معاملة مواطنيها، لأن المسلمين أمة واحدة ينتمي إليها جميع المسلمين برغم اختلاف دولهم وجنسياتهم وأوطانهم. وقد سبقنا كثير من الدول الأجنبية إلى إلغاء تأشيرات الدخول فيما بينها. وعلى الشعوب الإسلامية أن تطالب بتطبيق ذلك فيما بين الدول التي تصف نفسها بأنها إسلامية، أو التي تحكم شعوباً إسلامية ولو كانت تشابه بأنها علمانية أو لادينية. كنا نتمنى أن يكون هذا هو أول أهداف منظمة المؤتمر الإسلامي التي يجب في نظرنا أن تلزم الدول الأعضاء بعدم إطلاق وصف أجنبي على أي مسلم مهما تكن جنسيته، وأن توفر للمسلمين الذين يدخلونها أو يقيمون فيها جميع الحقوق التي يتمتع بها رعاياها.^(١) ونؤيد رأيه بعدم مطالبة المسلمين بالحصول على تأشيرات دخول للبلاد الإسلامية، ولعلنا نفتدى في ذلك بما فعلته الدول الأوروبية من إلغاء تأشيرات الدخول فيما بينها... وتمكين رعايا كل دولة منها بدخول الدول "الشقيقة" والإقامة والعمل فيها، والحصول على جميع حقوق المواطنة فيها دون أي قيد على ذلك...

(١) مما يؤسف له أن بعض النظم ترحب بغير المسلمين في بلادها، وتعاملهم باحترام ورعاية أكثر مما تعامل به المسلمين من "الدول الشقيقة"!!! وقد آن الآوان لدعوتهم للانترام بالمبادئ الشرعية التي دافع عنها فقيهنا.

إننى أعتقد أن الأوضاع التى شهدناها فقيدينا كانت غير ما وصلنا إليه الآن. ونحن الآن أحوج إلى هذا الدفاع الحار الذى سجله فقيهننا قبل استشهاد، وكأنه كان ينظر بظهر الغيب، وكان يتوقع أن الشعوب الإسلامية وأفرادها سيكونون فى أشد الحاجة إلى أن يشعروا بانتماثلهم إلى أمة واحدة أنشأها هذه الشريعة وفرضت لكل من ينتمى إليها ضمان حقوقه الإنسانية، سواء حقه فى اللجوء هرباً من الاضطهاد، أو عدم إبعاده، أو عدم منعه من دخول أرض إسلامية أيا كانت الدولة التى تسيطر عليها ... ولا نعتقد أنه كان يتوقع أن تسبقنا الدول الأوروبية التى اكتوت بنار الحرب العالمية الثانية التى استمرت عدة سنوات مات فيها ملايين من أبنائها وخربت مدن وقرى ومصانع وطرق وبلغ العداء بينها أقصاه، ثم بعد ذلك تسبقنا إلى الوحدة والاتحاد وإعطاء المواطن فى كل منها حقه الكامل فى دخول البلاد الأخرى التى كانت تعادى بلادها وتحاربها، وحقه فى الإقامة والعمل فيها .

إننا نحن أولى بذلك كله لأن شريعتنا الإلهية أعطتنا المبادئ والأصول والأسس التى تقوم عليها الأخوة والمساواة بين المسلمين مهما اختلفت أقطارهم أو "دولهم" ... ولم يكن بين هذه الدول مثل ما وقع بين الدول الأوروبية من حروب ما زالت آثارها باقية - بل كنا جميعاً دولة واحدة عظمى موحدة تسودها شريعة تفرض علينا التعاون والتضامن والوحدة والمساواة ...

لقد وصل حالنا من السوء إلى أن بعض حكامنا يحاربون كل من يدعو إلى التقارب بين شعوبنا أو التعاون بينها ... ويعقدون المؤتمرات والندوات للتقارب والتعاون بينهم وبين دول أجنبية أخرى ما زالت لها مطامع فى بلادنا ... وتستلجنا للاعتراف لدول غير إسلامية ولرعاياها بكل الحقوق والامتيازات باسم "الشرق الأوسط" أو "البحر المتوسط" واستبعاد كل دعوة للوحدة باسم الإسلام واضطهاد من يسعون لذلك بحجج واهية لأساس لها .

عودة

١٣٠- إبعاد الحربين - ليس للحربين أن يدخلوا دار الإسلام إلا بإذن خاص، أو بناء على عهد طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية. وليس لهم إذا سمح لهم بدخول دار الإسلام أن يقيموا فيها إلا إقامة مؤقتة لاتزيد على سنة واحدة في رأى أبي حنيفة والشافعي وبعض الحنابلة^(١)، أما البعض الآخر فيرى مع مالك أن الإقامة المؤقتة ليس لها مدة معينة^(٢). والأصل عند الشافعي أن مدة الإقامة لاتزيد على أربعة أشهر إلا إذا رأى الإمام إطالتها وكان في ذلك مصلحة^(٣) - ٣٨١ -

وإذا انتهت مدة إقامة الحربى كان من حق الدولة الإسلامية أن تبعده من أرضها. ولها أن تبعده ولو لم تنته مدة إقامته إذا أتى ما يخل بالأمن، أو خشى منه الاخلال بالأمن، تطبيقا لقوله تعالى: ﴿وَمَا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ﴾ [الأنفال: ٥٨]. ولقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ﴾ [التوبة: ٧]. على أنه يشترط عند الإبعاد أن يبعد الحربى - أو المسلم من باب أولى - إلى مكان يأمن فيه على نفسه، أو أن يرد إلى مأمنه، لأنه دخل دار الإسلام على أمان، فوجب ألا يعرض للهلكة، وأن يرد إلى المكان الذى يأمن فيه، وذلك قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَبْلَغْهُ مَأْمَنَهُ﴾ [التوبة: ٦].

ويلاحظ أنه لا يجوز إبعاد الذمى ولو خشى من خيانتة، أو أتى ما يدل على خيانتة - ٣٨٢ -، ويفرقون بينه وبين المستأمن بأن الذمى من رعايا الدولة، ويقيم في دار الإسلام إقامة دائمة، فهو كالمسلم في قبضة الإمام، وخيانتة إن ظهرت يمكن استدراكها وعقابه عليها كخيانة المسلم، أما المستأمن فليس كذلك، ومن الصعب استدراك خيانتة^(٤).

المصدر

تعليق "رقم-٣٨١-": تعيين مدة إقامته بيد الإمام، فهو يعينها تبعاً لما يراه من المصلحة. فإن رأى الإمام المصلحة في أن مدة إقامته لاتزيد على يوم فلا يسمح له بالزيادة، وإن رأى المصلحة في إطالة بقائه فيسمح له بذلك.

المصدر

تعليق "رقم-٣٨٢-": إلا إذا اشترط في عقد الذمة عدم إيذاء المسلمين، فمع ظهور الخيانة منه يخرج من الذمة وللحاكم الشرعى حينئذ إخراجه.

الشاوى

رأينا في "التعليقين-٣٨١-، -٣٨٢-": أن ما قاله السيد الصدر هو ما توصلت له النظم الحديثة، ويتفق مع مبادئ شريعتنا.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٥١، المغنى ج ١٠ ص ٤٣٧.

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٤٣٦، مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٩.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٠٤.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٩٤، مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٦، المهذب ج ٢ ص ٢٩٤.

المغنى ج ١٠ ص ٥٢٠ وما بعدها.

٢٣١ - الشريعة والقوانين :- تأخذ القوانين الوضعية بمبدأ منع الأجانب من دخول أرض الوطن، وإبعادهم عنها بعد دخولهم كلما اقتضت ذلك مصلحة عامة. ولا تميز القوانين الوضعية دخول الأجانب أرض الدولة إلا بإذن، على أن يقيموا إقامة مؤقتة، فإذا انتهت هذه المدة أخرجوا من أرض الدولة ما لم تجدد مدة الإقامة. وهذه المبادئ التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيراً هي نفس المبادئ التي جاءت بها الشريعة من ثلاثة عشر قرناً. وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة أيضاً في عدم جواز إبعاد رعايا الدولة، أو منعهم من دخول أرض الوطن، ولكن القوانين الوضعية تختلف مع الشريعة في أن القوانين لا توجب إبلاغ الشخص المبعد إلى مأمنه، كما توجب ذلك الشريعة، ويكفي في معظم القوانين أن يبعد الشخص عن أرض الدولة ولو عرضه ذلك للهلاك، وتفق الشريعة في هذه المسألة لاحتاج إيضاحاً.

٢٣٢ - الجنسية في الشريعة :- تقوم الجنسية في الشريعة الإسلامية على أساس الدار، أو بتعبير آخر على أساس الإسلام ومسالته، والتزام أحكامه أو الكفر به. فأهل دار الإسلام لهم جنسية واحدة سواء كانوا مسلمين أو ذميين، محكومين بحكومة واحدة أو بحكومات متعددة. ومهما تميز المصري عن السوري أو العراقي أو المغربي فذلك تمييز محلي أو إقليمي لا ينبئ عليه حكم شرعي ولا يؤدي إلى تمييز في الخارج. وأهل دار الحرب لهم جنسية واحدة مهما تعددت بلادهم وحكوماتهم ومهما تميز الإنجليز عن الفرنسي أو الأمريكي، فذلك تمييز داخلي فيما بينهم، ولكن أحكام الشريعة واحدة بالنسبة لهم جميعاً متفرقين ومجتمعين. على أن الشريعة لا تمتنع من النظر إلى الدول الأجنبية المختلفة كل على حدة بسبب ظروفها، فيجوز مثلاً أن يكون بين المسلمين وبين الإنجليز حرب، وأن يكون بين المسلمين وبين الفرنسيين عهد أو هدنة، وهكذا. وأساس الجنسية في دار الإسلام اعتناق الإسلام أو التزام أحكامه، فمن اعتنق الإسلام فهو مسلم، ومن التزم أحكام الإسلام ولم يسلم فهو ذمي، وأساس الجنسية في دار الحرب هي إنكار الإسلام وعدم التزام أحكامه. وتتغير الجنسية في الشريعة بتغيير الأساس التي تقوم عليه، فتتغير جنسية الحربي باعتناق الإسلام، أو بالدخول في ذمة المسلمين والتزام أحكام الإسلام. ويشترط للدخول في الذمة الهجرة إلى دار الإسلام، فلا يعدُّ الخارب ذمياً وهو في بلده إلا أن يدخل البلد كله في الذمة ويلتزم أهله أحكام الإسلام فلا تشتط حينئذ الهجرة، لأن البلد يصبح بذلك دار إسلام. وتتغير جنسية الخارب بإسلامه دون حاجة لهجرته إلى دار الإسلام، وإن كان أبو حنيفة يشترط لغده معصوماً أن يهاجر إلى دار الإسلام.

وتتغير جنسية المسلم والذمي بتغير الأساس الذي تقوم عليه. فتتغير جنسية المسلم بالردة، وتتغير جنسية الذمي بعدم التزام أحكام الإسلام، وبالإقامة الدائمة في دار الحرب-٣٨٣-

والزواج يجعل الزوجة تابعة للزوج، ولكنه لا يؤدي وحده لتغير الجنسية. فالمسلم أو الذمي إذا تزوج في دار الحرب من محاربة لم تلحق به الزوجة في جنسيته إلا إذا دخلت دار الإسلام، فإن دخلت دار الإسلام أصبحت بالزواج والهجرة لدار الإسلام ذمية. وإذا تزوج المستأمن في دار الإسلام من ذمية فلا يصير ذميا بزواجها، ولا تصير هي بزواجه حربية، إلا إذا رضى هو أن يقيم في دار الإسلام إقامة دائمة فيصبح ذميا-٣٨٤-، وإلا إذا هاجرت هي مع زوجها إلى دار الحرب. وإذا تزوج المسلم من حربية فأسلمت تغيرت جنسيته بالإسلام دون حاجة للهجرة، لأن الجنسية تتغير أصلا بالإسلام وحده، فالزواج ليس هو الذي يكسب الجنسية وإنما هو الإسلام والتزام أحكامه والإقامة بداره. وتغير جنسية الزوج لا يؤثر على جنسية المرأة، فالذمي إذا أقام بدار الحرب ولم تلتحق به زوجته صار حريبا، وبقيت هي ذمية، والمسلم إذا ارتد صار حريبا، ولم يؤثر ذلك على جنسية زوجته إلا إذا ارتدت مثله. ويتبع الصغار ومن في حكمهم كالأجنون أبويهم في الجنسية. فإذا أسلم الزوجان أو دخلا في الذمة تبعهما أولادهما غير المميزين، وإذا أسلم الأب وحده أو دخل في الذمة تبعه الأولاد غير المميزين، وإذا أسلمت الأم وحدها أو دخلت في الذمة تبعها الأولاد غير المميزين في رأى أبي حنيفة والشافعي وأحمد-٣٨٥-، وتبعوا الأب في رأى مالك.

ويتبع الأولاد غير المميزين أبويهم في الجنسية على الوجه السابق كلما كان التغير من جنسية أدنى إلى جنسية أعلى، والجنسية الإسلامية هي العليا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: "الإسلام يعلو ولا يعلى". فإذا كان التغير من الجنسية العليا إلى الجنسية الدنيا فلا يتبع الأولاد من غير جنسيته من الأبوين، بل يقون على جنسيتهم

تعليق "رقم-٣٨٣-": كما تتغير جنسيته بنقضه لشرائط الذمة وخروجه بذلك عن الذمة.

تعليق "رقم-٣٨٤-": إذا التزم بشرائط الذمة.

تعليق "رقم-٣٨٥-": وهو الرأى الراجح عندنا.

رأينا في "التعليقات-٣٨٣- إلى-٣٨٥- تراجع الحاشية.

الصدر

الصدر

الصدر

الشاوي

عَوْدَه

الأولى. فإذا ارتد الزوجان المسلمان وأصبحا محاربين بقي أولادهما غير المميزين مسلمين-٣٨٦-، وكذلك الحكم لو ارتد أحد الأبوين فقط^(١). هذه هي القاعدة العامة التي تقوم عليها الجنسية في الشريعة الإسلامية، وهناك تفاصيل ليس هذا محل ذكرها، وهذه القواعد العامة التي جاءت بها الشريعة هي نفس القواعد العامة التي تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم في مسائل الجنسية فالجنسية تقوم في القوانين على أساس الإقليم، فكل من يقيم إقامة دائمة في أرض الدولة فله جنسيتها. وهذا يقابل الإقامة الدائمة في دار الإسلام. وتسقط الجنسية عن الشخص وتتغير إذا أقام في أرض دولة أخرى مدة معينة ورضى بالدخول في جنسيتها. وتتبع المرأة جنسية الزوج بشروط معينة، وتتبع الأولاد الصغار جنسية الأبوين كقاعدة عامة.

تعليق "رقم-٣٨٦-": إذا بقوا في بلاد الإسلام وتحت حماية المسلمين.

المصدر

رأينا في "التعليق-٣٨٦-": تراجع الحاشية.

الشاوي

(١) المفقى جـ ١٠ من ص ٩٣ إلى ٩٦، مجلة القانون والاقتصاد س ١ ع ١ ص ١١، ١٤ شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٦٩ - أسنى الطالب جـ ٤ ص ١٢٣.

الجنسية علاقة سياسية، لكن الدين علاقة تكافل وأخوة تربط كل مسلم

بالأمة الإسلامية الكبرى

ونحن نؤيد ما قاله من أن المواطنين في "دار الإسلام" يكونون مسلمين أو ذميين، وهذا مبدأ إسلامي معروف منذ نشأت دولة المدينة في عهد رسولنا الكريم، حيث قررت "صحيفة المدينة" -وهي أول دستور مكتوب في الإسلام- مبدأ انتماء الدّميّين للدولة الناشئة التي أسسها الرسول الأمين، وبالتالي فهم مواطنون فيها ويحملون جنسيتها. وعندما يتحد المسلمون في ظل دولة واحدة في جميع أقطار دار الإسلام، فإن الجنسية يصبح أساسها الدار الكبرى التي تعرف باسم دار الإسلام. ومع ذلك، فإننا نرى أن المسلمين في الدول الأجنبية التي تُعدّ دار عهد وسلام يجب أن يحتفظوا بولائهم وانتمائهم إلى الأمة الإسلامية، وهي علاقة أخوة وتكافل وتضامن، برغم أنهم لا يحملون جنسية دولة الإسلام الكبرى ولا الدول القطرية التي تمثل الشعوب الإسلامية المختلفة، بل يحملون جنسية دولة أجنبية ويخضعون لقوانينها، وانتمائهم للأمة في هذه الحالة يختلف عن أن انتماءهم للدولة الأجنبية التي يحملون جنسيتها أساسه ولاؤهم سياسيا لها كمواطنين، أساسه الجنسية وليس أساسه الدين، أما الدين فيربطهم بالأمة الإسلامية برابطة أخوة وتكافل شخصي.

إننا نقر قوله بأن الجنسية أساسها الدار بشرط أن يُقصد بكلمة الدار إقليم الدولة سواء كانت دولة إسلامية كبرى موحدة، أو دولا قطرية متعددة وليس أساسها عقيدة الفرد ولادياته؛ فقد يكون من رعايا دولة الإسلام ومواطنيها غير مسلمين كما يوجد مسلمون ينتمون سياسيا لدول أجنبية. ونعتقد أن هذا هو ما قصده فقهاؤنا عندما عرفوا دار الإسلام بأنها الإقليم الخاضع لسيطرة المسلمين، ولم يقولوا إنها الإقليم الذي يقيم فيه أو يعيش به المسلمون، لأن المسلم يمكن أن يعيش في دار أخرى غير دار الإسلام ومع ذلك تبقى له ديّانته وإن تغيرت جنسيته، كما أن غير المسلم يمكن أن يكون مواطنا لدولة إسلامية يتمتع بجنسيتها. ونعتقد أنه أشار لذلك عندما قرر صراحة أن القواعد العامة في الشريعة هي نفس القواعد العامة التي تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم في مسائل الجنسية. فالجنسية (في نظره ونظرنا) تقوم على أساس الإقليم أو الولاء للدولة...

ووحدة الأسرة توجب أن يتبع جميع أفرادها الأب أو الزوج في جنسيته - وهذا مبدأ شرعي ووضعي، لا نرى دخول أي قيد عليه بسبب الدين أو العقيدة، ما دام الزواج الذي هو أساس الأسرة صحيحا شرعا.

ونخشى أنه يصر على استعماله لصفة حربي لكل من ينتمي لجنسية غير إسلامية، ونحن قد قلنا مرارا إن هذا القول لم يعد يطابق واقع عصرنا لأن الأصل أن جميع الأجانب الآن معاهدون مسالون، وإذا وجد من ينتمي للدولة في حالة حرب فعليا مع دولة إسلامية، فإن هذا وضع شاذ واستثنائي ومؤقت لا يجوز القول بسرّيانه على كل من ينتمي لجنسية دولة غير إسلامية.

الفصل الرابع فى سريان النصوص الجنائية على الأشخاص

عودة

٢٣٣- تمهيد تاريخى : كان القانون الوضعى حتى آخر القرن الثامن عشر يميز بين الأفراد، ولايعترف بالمساواة بين المحكومين. وكان يميز بينهم فى المحاكمة وفى توقيع العقوبة، وفى تنفيذ العقوبة. وكانت المحاكم تعدد تبعا لتعدد طوائف الأمة، فللأشراف محاكم خاصة وقضاة من طبقة معينة، ولرجال الدين محاكم خاصة وللجمهور محاكم خاصة، ولكل من هاتين الطائفتين قضاؤها. وكانت الجرعة الواحدة يعاقب عليها أمام هذه المحاكم المختلفة بعقوبات مختلفة. وكان لشخصية الجاني اعتبارها فى القانون، فالعمل الذى يأتبه الشريف ويعاقب عليه بأثمة العقوبات، يعاقب عليه الشخص العادى إذا أتاه بأقصى العقوبات. وكانت العقوبة تنفذ على الشريف بطريقة تتفق مع شرفه، ولكنها تنفذ على رجل الشارع بطريقة تتفق مع وضعه وحطته؛ فإذا حكم بالإعدام مثلا على شريف ووضع ضربت رقبة الشريف بالسيف، وشق الوضيع فى حل كما تشق الكلاب. وكانت بعض الأفعال تُعد جرائم إذا أتاه العامة يحاسبون عليها أشد الحساب، بينما يأتبها الأشراف ورجال الدين فى كل وقت فلا يحاسبون عليها ولا يحاكمون عنها.

كان هذا شأن القانون الجنائى الوضعى حتى أواخر القرن الثامن عشر، أو حتى جاءت الثورة الفرنسية، فجعلت المساواة أساسا من الأسس الأولية فى القانون، وأصبحت القاعدة أن تسرى نصوص القوانين على الجميع. ولكن مبدأ المساواة بالرغم من ذلك لم يطبق تطبيقا دقيقا حتى الآن، إذ لم يكن من السهل التخلص من التقاليد القديمة دفعة واحدة وإنكار الماضى كله، فبقيت حالات من التمييز وعدم المساواة عُدَّت استثناءات من مبدأ المساواة التامة، وراح بعض الكتاب ينتحل لها المعاذير أو يسوِّغها بحيل قانونية، بينما راح البعض ينتقدها ويطالب بإلغائها. وكانت العلية للفريق الأخير، إذ اتجهت إلى رأي بعض التشريعات الحديثة التى وضعت فى آخر القرن التاسع عشر وفى القرن الحالى، فضيق من مدى هذه الاستثناءات، أو حاولت أن تقضى على بعضها. وأغلب المفكرين اليوم يدعون إلى المساواة التامة، ويعملون جاهدين لتحقيقها، وقد تتحقق المساواة التامة قريبا وقد لا تتحقق، ولكنها الأمل الذى تحتلج له القلوب وتجه إليه الإنسانية.

٢٣٤ - أسئلة على عدم المساواة في القوانين الوضعية : ومن أظهر

الأمثلة على عدم المساواة في القوانين الوضعية ما يأتي :

أ - تمييز رئيس الدولة : تميز القوانين الوضعية دائما بين رئيس الدولة الأعلى، ملكا كان أو رئيس جمهورية، وبين باقي الأفراد. فبينما يخضع الأفراد للقانون لا يخضع له رئيس الدولة بحجة أنه مصدر القانون، وأنه السلطة العليا، فلا يصح أن يخضع لسلطة هي أدنى منه وهو مصدرها.

وتعد بعض الدساتير ذات الملك مقدسة، كالدستور الدانمركي والدستور الإسباني قبل الجمهورية، أما الدستور الإنجليزي فيجعل ذات الملك مصونة لائقس، ويفترض أن الملك لا يخطئ، وفي بلجيكا ومصر ذات الملك مصونة لائقس، وكذلك كان الحال في إيطاليا ورومانيا قبل إلغاء النظام الملكي.

والأصل في النظام الجمهوري أن رئيس الجمهورية غير مسئول، وكانت شعوب العالم تعترف بهذا الوضع لرؤساء الدول الجمهورية حتى القرن التاسع عشر، ثم بدأت تخرج عليه تحقيقا لمبدأ المساواة. فالدستور الفرنسي يجعل رئيس الجمهورية مسئولا جنائيا في حالة واحدة هي حالة الخيانة العظمى، ودستور تشيكوسلوفاكيا قبل الحرب الأخيرة أجاز التحقيق مع رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى. والدستور البولندي الذي وضع بعد حرب سنة ١٩١٤ جعل رئيس الجمهورية مسئولا جنائيا في حالة الخيانة العظمى والاعتداء على الدستور، كما جعله مسئولا إذا ارتكب جريمة عادية، واشترط محاكمته إذن البرلمان وأغلبية خاصة.

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن القوانين الوضعية تأخذ بنظريات ثلاث في مسئولية رؤساء الدول عما يرتكبون من جرائم : فالنظرية الأولى لا تجعل الرئيس مسئولا عن أى جريمة ارتكبها، والنظرية الثانية تجعله مسئولا عن بعض الجرائم دون البعض الآخر، والنظرية الثالثة تجعله مسئولا عن كل الجرائم التي يرتكبها.

ولاشك في أن مسئولية رؤساء الدول قد تطورت في القوانين الوضعية تطورا عظيما، فبعد أن كانت القاعدة العامة - حتى القرن الثامن عشر - إعفاءهم من المسئولية إعفاء تاما، أهملت تلك القاعدة، وأصبح الكثيرون من رؤساء الدول مسئولين مسئولية جزئية أو مسئولية تامة.

ب - تمييز رؤساء الدول الأجنبية : وتعفى القوانين الوضعية رؤساء الدول الأجنبية، ملوكا كانوا أو رؤساء جمهوريات، من أن يحاكموا على ما يرتكبونه من الجرائم في أى بلد آخر غير بلادهم، سواء دخلوه بصفة رسمية أو متكرين، وهذا الإعفاء يشمل كل أفراد حاشية الملك أو رئيس الجمهورية. وحجة شراح القوانين في هذا الإعفاء أن

إجازة محاكمة رؤساء الدول وأفراد حاشيتهم لاتتفق مع مايجب لهم من كرم الضيافة والتوفير والاحترام، وهى حجة لاتستقيم مع المنطق لأن رئيس الدولة الذى يبرل بنفسه إلى حد ارتكاب الجرائم يخرج على قواعد الضيافة، ولايستحق شيئا من التوفير والاحترام. ومثل هذا يقال فى أفراد الحاشية. والواقع أن الإعفاء تقليد قديم كان معمولاً به قبل أن تأخذ القوانين الوضعية مبدأ المساواة، وظل معمولاً به حتى اليوم، وقد ساعد على بقاءه اعتراف الدول به، وصيرورته جزءاً من القانون الدولى، والمعروف أن القانون الدولى لايتطور بمثل السرعة التى تتطور بها القوانين الخاصة.

جـ - تمييز رجال السلك السياسى : تعفى القوانين الوضعية المفوضين السياسيين الذين يغفلون الدول الأجنبية من أن يسرى عليهم قانون الدولة التى يعملون فيها، ويشمل الإعفاء حاشيتهم وأعضاء أسرهم. وحجة شراح القوانين فى هذا الإعفاء أن الممثلين السياسيين يمثلون دولهم أمام الدولة التى يعملون فى أرضها، وليس لدولة على أخرى حق العقاب، وأن الإعفاء ضرورى لتمكينهم من أداء وظائفهم، وحتى لاتتعطل بتعريضهم للقبض والتفتيش والمحاكمة. ويمكن الرد على هاتين الحجتين بأن الممثل السياسى ليس إلا فرداً من رعايا دولة أجنبية، وأن للدولة حق العقاب على رعايا الدول الأجنبية إذا ارتكبوا جريمة فى أرضها، ولايمكن أن يعطل سريان القانون على الممثل السياسى أعمال هذا الممثل مادام يحترم القانون ويطيعه ولايعرض نفسه للوقوع تحت طائلته.

د - تمييز أعضاء الهيئة التشريعية : وتعفى القوانين الوضعية ممثلى الشعب فى البلاد النيابية من العقاب على مايصدر منهم من الأقوال فى أثناء تأدية وظائفهم. وقد أخذ الدستور المصرى بهذا الاتجاه، فمنع من مؤاخذه أعضاء البرلمان على مايدونه من الأفكار والآراء فى المجلسين^(١)، أى أنه أعفاهم من المسئولية عن الجرائم القولية الشفهية أو الكتابية التى تلقى أو تكتب فى دارى المجلسين. والمقصود من هذا الإعفاء إعطاء أعضاء البرلمان قدراً من الحرية يساعدهم على أداء وظائفهم حق الأداء، إلا أن الإعفاء بالرغم من هذا اعتداء صارخ على مبدأ المساواة؛ لأن هناك مجالس نيابية أخرى هى مجالس المديرىات ليس لأعضائها أن يتمتعوا بمثل الحصانة التى يتمتع بها أعضاء البرلمان؛ ولأن هناك من الوطنيين من يشغل بالمسائل العامة وله فيها تأثير أكثر مما لأى عضو من أعضاء البرلمان، وبالرغم من ذلك فهم محرومون من مثل حصانة أعضاء البرلمان.

(١) المادة ١٠٩ من الدستور المصرى.

ث - تمييز الأغنياء: وتميز القوانين الوضعية الأغنياء على الفقراء في كثير من الحالات. ومن الأمثلة على ذلك في القانون المصري أن قانون تحقيق الجنايات يوجب على القاضي أن يحكم بالحبس في كثير من الجرائم، على أن يقدر للمحكوم عليه كفالة مالية إذا دفعها أجل تنفيذ الحكم عليه حتى يفصل في الاستئناف، وإن لم يدفعها حبس دون انتظار لنتيجة الاستئناف^(١). وفي هذا خروج ظاهر على مبدأ المساواة، إذ يستطيع الغني دائما أن يدفع الكفالة فلا ينفذ عليه الحكم، بينما يعجز الفقير عن دفعها في أغلب الأحوال، فينفذ عليه الحكم في الحال. ويميز قانون تحقيق الجنايات المصري للمتهم المحبوس أن يعترض على حبسه، فينظر اعتراضه أمام القاضي، وللأخير أن يفرج عن المتهم بضمان مالي^(٢). وفي تقرير مبدأ الضمان المالي خروج ظاهر على مبدأ المساواة لأن الغني يستطيع دائما أن يدفع الضمان المالي، فيخرج من حبسه. أما الفقير فهو في أغلب الأحوال عاجز عن دفع الضمان، فيظل رهين حبسه، وقد تقضى المحكمة ببراءته مما نسب إليه، فتكون النتيجة أنه حبس لا لأنه أجرم، بل لأنه عاجز عن دفع الكفالة أو بتعبير آخر؛ لأنه فقير.

د - تمييز الظالمين من أنرار الجماعة: وتميز القوانين الوضعية الظالمين من أفراد الجماعة على غيرهم. ومن الأمثلة على ذلك في القانون المصري أن لوكيل النيابة أن يرفع الدعوى العمومية على المتهم في جنحة دون استئذان جهة ما، ولكن إذا كان المتهم موظفا أو محاميا أو طبيبا أو عضوا في البرلمان أو شخصية ظاهرة، فإن وكيل النيابة لا يستطيع رفع الدعوى العمومية إلا بعد استئذان جهات معينة، ويجوز لوكيل النيابة أن يحفظ القضية اكتفاء بجزء إداري يوقع على الموظف أو الطبيب أو المحامي، وبذلك ينجو المتهم من العقوبة الجنائية، ومثل هذا الحفظ غير ممكن بالنسبة لأفراد الشعب العاديين.

ويميز القانون المصري لمن وقع عليه ضرر من جرعة أن يطالب بتعويض ما أصابه من الضرر، والمحاكم حين تقدر هذا التعويض تراعي مركز الشخص وماله، وما أصابه من ضرر وما فاتته من نفع. فلو أن مدير شركة وعاملا في نفس الشركة أصيبا في حادث واحد بإصابات متماثلة فطالبيا بتعويض، لكان التعويض الذي يحكم به للمدير الشركة ضخما كبيرا، ولكان التعويض الذي يحكم به للعامل تافها ضئيلا.

(١) المادة ١٨٠ من قانون تحقيق الجنايات المصري.

(٢) المواد من ١٠٤ إلى ١١٠ من قانون تحقيق الجنايات.

وقد جرى الشارع المصرى على هذه الطريقة فيما حدده من تعويضات عن إصابات العمال في أثناء عملهم بإصابات تؤدي إلى تعطيلهم أو عجزهم أو وفاتهم، حيث أوجب أن يكون تعويض العامل أو ورثته على أساس مرتب العامل في مدة معينة ولمدة معينة. فإن كان مرتبه صغيرا كان تعويضه كذلك، وإن كان مرتبه كبيرا كبر التعويض^(١). ويترتب على ذلك أنه لو أصيب عاملان معا في مصنع واحد، وفي حادث واحد، وتحت ظروف واحدة، ففقد كل منهما ذراعه اليمنى، أو يده اليمنى، أو إبهامه الأيمن مثلا، فإن صاحب المرتب الأقل منهما يكون تعويضه أقل من التعويض الذى يصرف لزميله.

٢٣٥- بين القانون والشرعية : هذه هي نظرية المساواة، كما تطلع علينا بها القوانين الوضعية الحديثة، لاتزال مهيضة الجناح، مقصورة الأطراف، لم تسو بين الرؤساء والمرءوسين، والحاكمين والمحكومين، ولم تسو بين الفرد والفرد، ولا بين الجماعة والجماعة، ولا بين الغنى والفقر.

وقد يدهش بعض الذين لا يعلمون أن يعلموا أن نظرية المساواة التي لم يتم نضجها وتكوينها في القانون الوضعي الحديث قد نضجت تمام النضج، وتكونت تمام التكوين، ووصلت إلى أقصى مداها في الشريعة الإسلامية. ولا تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بهذا فقط، بل تمتاز عليها أيضا بأنها عرفت نظرية المساواة على هذا الوجه من أربعة عشر قرنا، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا في آخر القرن الثامن عشر. ويستطيع المفكرون المثاليون طلاب المساواة التامة أن يرجعوا إلى الشريعة الإسلامية، فإن المساواة التامة التي يبحثون عنها قائمة في الشريعة، يحوطها من جمال التكوين، وجلال التقنين، وعدالة التشريع، ما يبهير أبصارهم ويحير ألبابهم، ولكنه دون شك يحقق أحلامهم ويشبع أطماعهم.

٢٣٦- نظرية المساواة في الشريعة :- جاءت الشريعة من يوم نزولها بنظرية المساواة التامة، فقررت المساواة على إطلاقها، فلا قيود ولا استثناءات، وإغا مساواة تامة بين الأفراد، ومساواة تامة بين الجماعات، ومساواة تامة بين الأجناس، ومساواة تامة بين الحاكمين والمحكومين، ومساواة تامة بين الرؤساء والمرءوسين، لافضل لرجل على رجل، ولا لأبيض على أسود، ولا لعربي على عجمي. وذلك قول الله تعالى : ﴿رَبِّائِهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣]. وذلك ما أكدته رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله: "الناس سواسية كأسنان المشط الواحد، لافضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى"،

(١) المواد من ٢٥ إلى ٢٩ من ق ١٩٣٦/٦ الخاص بإصابات العمال والجدول الملحق به.

عوده

وفي قوله: "إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بأبائهم، لأن الناس من آدم، وآدم من تراب، وأكرمهم عند الله أتقاهم".
فالناس جميعاً في الشريعة متساوون على اختلاف شعوبهم وقبائلهم، متساوون في الحقوق، متساوون في الواجبات، متساوون في المسؤوليات، وهم في ذلك كأبناء الرجل الواحد لا تريد سن على سن، ولا تنقص سن عن سن، أو هم في ذلك كأبناء الرجل الواحد والمرأة الواحدة، ترشحهم وحدة أصلهم إلى المساواة في حقوقهم، وواجباتهم ومسئولياتهم، لأفضل لرجل على رجل كما يفضل اليوم أبناء إنجلترا وفرنسا على أبناء المستعمرات التابعة لهاتين الدولتين، ولأفضل لأبيض على أسود كما يفضل اليوم الأمريكي الأبيض على الأمريكي الأسود، ولأفضل لعربي على عجمي، أى لأفضل لجنس على جنس كما ادعت ألمانيا وغيرها من دول أوروبا أفضليتها على بقية الأجناس. والتقوى هى وحدها نصاب التفاضل بين الناس في الشريعة الإسلامية، ولكنه تفاضل في حدود معينة، تفاضل بين الناس عند ربهم فقط، فأكرمهم عند الله أتقاهم. وكون التقى كريماً على الله لا يعطيه حقاً عند الناس يزيد على ما لغيره من الحقوق. فالتقوى صفة تؤثر في صلة الإنسان بربه أكثر مما تؤثر في صلة الإنسان بغيره، والتفاضل الذى ينشأ عن التقوى هو تفاضل معنوي لامادي.

وتطبق الشريعة مبدأ المساواة إلى أوسع مدى يتصوره العقل البشرى، ولهذا لا تفرق نصوصها بين الرؤساء والمرءوسين، ولابين الملوك والسوقة، ولابين ممثلي الدول السياسيين والرعايا العاديين، ولا بين ممثلي الشعب وأفراده، ولابين الأغنياء والفقراء، ولابين الظاهرين والخاملين. وسين فيما يلي حكم هذه الحالات التى جعلناها أمثلة على انعدام المساواة في القوانين.

٢٣٧ - المساواة بين رؤساء الدول والرعايا : تسوى الشريعة بين رؤساء الدول والرعايا في سريان القانون، ومسئولية الجميع عن جرائمهم. ومن أجل ذلك، كان رؤساء الدول في الشريعة أشخاصاً لاقداسة لهم، ولا يمتازون على غيرهم. وإذا ارتكب أحدهم جريمة عوقب عليها كما يعاقب أى فرد.

ولقد كان الرسول (ﷺ) - وهو نبي ورئيس دولة - لا يدعى لنفسه قداسة ولا امتيازاً، وكان يقول دائماً : "إنما أنا بشر يوحى إلى"، و"هل كنت إلا بشراً رسولاً؟". وكان قدوة لخلقائه وللمسلمين في تأكيد معاني المساواة بين الرؤساء والمرءوسين. دخل عليه أعرابي فأحدثه هيئة الرسول. فقال له صلى الله عليه وسلم : "هون عليك. فإنا أنا ابن امرأة كانت تأكل القديد". وتقاضاه غريم له ديناً فأغلظ عليه، فهم به عمر بن الخطاب، فقال الرسول: "مه يا عمر، كنت أحوج إلى أن تأمرني بالوفاء، وكان أحوج إلى

عوده أن تأمره بالصبر^(١). وخرج في أثناء مرضه الأخير بين الفضل بن عباس وعلى حتى جلس على المنبر، ثم قال: "أيها الناس من كنت جلدت له ظهرها فهذا ظهري فليستقد منه، ومن كنت شتمت له عرضا فهذا عرضي فليستقد منه، ومن أخذت له مالا فهذا مالي فليأخذ منه، ولا يخش الشحناء من قبلي فإنها ليست شأني. ألا وإن أحبكم إلى من أخذ مني حقا إن كان له، أو حللني فلقيت ربي وأنا طيب النفس". ثم نزل فصلى الظهر، ثم رجع إلى المنبر فعاد لمقاتله الأولى^(٢).

وجاء خلفاء الرسول من بعده فتنسجوا على متواله، واهتدوا بهديه. فهذا أبو بكر رضى الله عنه يصعد إلى المنبر بعد أن يبيع بالخلافة، فتكون أول كلمة يقولها تأكيداً لمعنى المساواة، ونقياً لمعنى الامتياز. فقال: "أيها الناس، قد وُليت عليكم ولست بخيركم، إن أحسنت فأعينوني، وإن أسأت فقوموني". ثم يعلن في آخر كلمته أن من حق الشعب الذي اختاره أن يعزله. فيقول: "أطيعوني ما أطعت الله ورسوله، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم"^(٣).

وهذا عمر بن الخطاب يولي الخلافة فيكون أكثر تمسكاً بهذه المعاني، حتى إنه يرى قتل الخليفة الظالم خطب يوماً فقال: لو ددت أني وإياكم في سفينة في لجة البحر تذهب بنا شرقاً وغرباً، فلن يعجز الناس أن يولوا رجلاً منهم، فإن استقام اتبعوه، وإن جنف قلبوه. فقال طلحة: وما عليك لو قلت وإن تعوج عزلوه. فقال: لا، القتل أنكل لمن بعده^(٤).

وأعطى أبو بكر القنود من نفسه، وأقاد للرعية من الولاية. وفعل عمر بن الخطاب مثل ذلك، وتشدد فيه، فأعطى القنود من نفسه أكثر من مرة^(٥). ولما قيل له في ذلك قال: رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطي القنود من نفسه وأبا بكر يعطي القنود من نفسه، وأنا أعطى القنود من نفسي^(٦).

ومن تشدد عمر في هذا الباب أنه ضرب رجلاً، فقال له الرجل: إنما كنت أحد رجلين: رجل جهل فعلم، أو أخطأ فعفى عنه. فقال له عمر: صدقت، دونك فامتل، أي اقتص^(٧).

(١) زاد المعاد ج ١ ص ٥٩.

(٢) تاريخ ابن الأثير ج ٢ ص ١٥٤.

(٣) تاريخ ابن الأثير ج ٢ ص ١٦٠.

(٤) تاريخ ابن الأثير ج ٣ ص ٣٠.

(٥) سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي ص ١١٣-١١٥.

(٦) الأم ج ٦ ص ٤٤.

(٧) الخراج لأبي يوسف ص ٦٥.

وأخذ عمر الولاية بما أخذه به نفسه، فما ظلم وال رعيته إلا أقاد من الولاية للمظلوم، وأعلن على رعوس الأشهاد مبدأه هذا في موسم الحج، حيث طلب من ولاية الأمصار أن يوافقه في الموسم، فلما اجتمعوا خطبهم وخطب الناس قال: أيها الناس، إن ما أرسل إليكم عمالا ليضربوا أبشاركم، ولا ليأخذوا أموالكم، وإنما أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم، وسنة نبيكم، فمن فعل به شيء سوى ذلك فليرفعه إلي، فالذي نفس عمر بيده لأقصنه منه. فوثب عمرو بن العاص فقال: يا أمير المؤمنين، أرايتك إن كان رجل من المسلمين على رعيته قاذب بعض رعيته إنك لتقصه منه؟ فقال: أي والذي نفس عمر بيده، إذن لأقصنه منه، وكيف لأقصنه منه! وقد رأيت النبي (ﷺ) يقص من نفسه^(١)؟

وقد جرى العمل في الشريعة على محاكمة الخلفاء والملوك والولاية أمام القضاء العادي، وبالطريق العادي. فهذا هو علي بن أبي طالب في خلافته، يفقد درعا له ويجدها مع يهودى يدعى ملكيتها، فيرفع أمره إلى القاضي، فيحكم لصالح اليهودى ضد علي. وهذا هو المغيرة وإلى الكوفة ينهم بالزنا. فيحاكم على الجريمة المنسوبة إليه بالطريق العادي. ويقص علينا التاريخ أن المأمون وهو خليفة المسلمين اختصم مع رجل بين يدي يحيى بن أكنم قاضى بغداد، فدخل المأمون إلى مجلس يحيى وخلفه خادم يحمل طنفسة لجلوس الخليفة، فرفض يحيى أن يميز الخليفة على أحد أفراد رعيته. وقال: يا أمير المؤمنين لا تأخذ على صاحبك شرف اجلس دونه، فاستحيا المأمون، ودعا للرجل بطنفسة أخرى. وبعض الخصومات التي كانت تثور بين الخليفة والولاية وبين الأفراد كانت تفض بطريق شرعى تحت "هو التحكيم"، كما فعل عمر بن الخطاب، فقد أخذ فرسا من رجل على سوم فحمل عليه فخطب، فخاصم الرجل عمر، فقال عمر: اجعل بيني وبينك رجلا. فقال الرجل: إنى أرضى بشريح العراقى. فقال شريح لعمر: أخذته صحيحا سليما فأنت له ضامن حتى ترده صحيحا سليما. وكان هذا الحكم الذى صدر ضد عمر هو الذى حفز عمر لتعيين شريح قاضيا.

وفقهاء الشريعة الإسلامية، وإن كانوا يشترطون في الإمام أى رئيس الدولة الإسلامية شروطا لا تتوافر في كل شخص، إلا أنهم يسوونه بجمهور الناس أمام الشريعة، ولا يميزونه عنهم بشيء. وهذا متفق عليه فيما يختص بالولاية والحكام والسلاطين والملوك الذين يخضعون للخليفة أو يستمدون سلطتهم منه. إلا أنهم اختلفوا في الإمام الذى ليس فرقه إمام، ولهم في سريان نصوص الشريعة عليه نظريتان:

(١) تاريخ ابن الأثير ج ٣ ص ٢٠٨، وكتاب الخراج لأبي يوسف ص ٦٦.

النظرية الأولى: وهي نظرية أبي حنيفة، ويرى أن كل شيء فعله الإمام الذي ليس فوقه إمام مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف لا يؤخذ به إلا القصاص والمال، فإنه إذا قتل إنسانا أو أتلف مال إنسان يؤخذ به؛ لأن الحد حق الله تعالى، وهو المكلف بإقامته ومن المتعذر أن يقيم الحد على نفسه؛ لأن إقامته بطريق الحزى والنكال ولا يفعل ذلك أحد بنفسه، ولا ولاية لأحد عليه ليستوفيه؛ ولأن فائدة الإيجاب الاستيفاء، فإذا تعذر لم يجب، بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات، لأن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره، وإن احتاج إلى المنفعة فالمسلمون منعه فيقدر بهم على الاستيفاء، فكان الوجوب مفيدا^(١).

وخلاصة ماسبق أن الجرائم التي تمس حقوق الجماعة لا يعاقب عليها الإمام الذي ليس فوقه إمام، لا لأنه معفى من العقاب، ولكن لتعذر إقامة العقوبة عليه، إذ إنه صاحب الولاية على غيره، وليس لغيره ولاية عليه حتى يقيم عليه العقوبة، ولأن ولاية العقاب في الجرائم التي تمس حقوق الجماعة للإمام وليست للأفراد. وإذا كانت الشريعة توجب العقاب على هذه الجرائم، إلا أن ولاية الإمام على حق العقاب في هذه الجرائم تمنع من العقاب على الجرائم التي يرتكبها الإمام، حيث لا يعقل أن يعرض الإمام نفسه للحزى والنكال بإقامة الحد على نفسه، وإذا امتنع تنفيذ العقوبة فقد امتنع الواجب وهو العقاب، وإذا امتنع الواجب لم يعد واجبا.

فالفعل المحرم في رأى أبي حنيفة يظل محرما ويعد جريمة، ولكن لا يعاقب عليه لعدم إمكان العقاب. ويترتب على هذا أن الإمام لو زنا وهو محصن فقتله أى فرد من الأفراد فإن القاتل لا يعاقب على القتل، لأنه قتل شخص مباح الدم^(٢)، إذ الزنا من محصن عقوبته الموت. ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود، والحدود لا يجوز تأخيرها ولا العفو عنها، فإن قتل الزاني المحصن يعد واجبا لا بد منه إزالة للمنكر، وتنقيذا لحدود الله، فمن يقتل الزاني المحصن فإنه يؤدي واجبا عليه ومن ثم فلا يمكن عده قاتلا.

أما الجرائم التي تمس حق الأفراد كالقتل والجرح، فيرى أبو حنيفة أن الإمام الذي ليس فوقه إمام يؤخذ بها ويعاقب عليها، لأن حق استيفائها ليس له أصلا، وإنما هو للمجنى عليهم وأوليائهم، وإذا قام الإمام باستيفاء العقوبة في هذه الجرائم فإثما يقوم به نيابة عن الأفراد، ولمنع الحيف والإضرار بالغير.

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٦٠، ١٦١، البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٠. الزيلعي جـ ٣ ص ١٨٧.

(٢) حاشية الطهطاوى جـ ٤ ص ٢٦٠.

فإذا ارتكب الإمام جريمة من هذا النوع، كان للأفراد أصحاب الحق الأصلي في استيفاء العقوبة أن يستوفوا العقوبة من الإمام مستعينين في ذلك بالقضاء وبالجماعة، وإذا استوفى الأفراد العقوبة الواجبة عن غير طريق القضاء فلا حرج عليهم؛ لأنهم فعلوا ما هو حقهم^(١).

وإذا ولي الإمام نائباً عنه أو قاضياً للحكم في كل الجرائم، كان من حق النائب أو القاضي أن يأخذ الإمام الذي ليس فوقه إمام بكل جريمة سواء مستحقاً لله أو حقاً للأفراد^(٢). وعلى هذا لو ترك للمحاكم تطبيق الشريعة أخذاً بنظام فصل السلطات، كان للمحاكم أن تحكم على الإمام الذي ليس فوقه إمام بعقوبة أى جريمة يرتكبها.

ويؤخذ على نظرية أبي حنيفة أنها تقوم على أساس ضعيف؛ لأن الإمام ليس إلا نائباً عن الجماعة، ولأن الخطاب في التشريع الإسلامي موجه للجماعة وليس للإمام. وإنما أقامت الجماعة الإمام ليقوم أحكام الشريعة، ويرعى صالح الجماعة، فإذا ارتكب أحد الأفراد جريمة كان للإمام أن يعاقبه بما له من حق القيام على تنفيذ نصوص الشريعة نيابة عن الجماعة، وإذا ارتكب الإمام نفسه جريمة عاد للجماعة حقها، وعاقبت الإمام حيث لا يصلح للنيابة عنها في هذه الحالة.

الثانية: وهى نظرية مالك والشافعى وأحمد، وهؤلاء لا يفرقون بين جريمة وجريمة، ويرون الإمام مسئولاً-٣٨٧- عن كل جريمة ارتكبها سواء تعلقت بحق لله أو بحق للفرد؛ لأن النصوص عامة والجرائم محرمة على الكافة بمن فيهم الإمام، يعاقب عليها من ارتكبها ولو كان الإمام. ولا ينظر هؤلاء الأئمة إلى إمكان تنفيذ العقوبة كما ينظر الحنفية؛ لأن تنفيذ العقوبات ليس للإمام وحده، وإنما له ولنوابه، فإذا ارتكب جريمة وحكم عليه بعقوبتها نفذ العقوبة على الإمام أحد من ينوبون عنه ممن لهم تنفيذ هذه العقوبة^(٣).

ولم يكتفِ الفقهاء بتقرير عقوبة رئيس الدولة الأعلى على ما يرتكبه من جرائم، بل بحثوا فيما إذا كان يعزل بارتكابه الجرائم، فرأى البعض-٣٨٨- أن الإمام يعزل

الصدر تعليق "رقم-٣٨٧-": وهذا هو القول الراجح، إذ لا فرق بين رئيس الدولة وسواه، إلا أن رئيس الدولة إذا كان هو الإمام المعصوم فلا يمكن أن تصدر منه جريمة.

الصدر تعليق "رقم-٣٨٨-": وهذا هو الراجح، إلا أن رئيس الدولة إذا كان هو الإمام المعصوم فلا يمكن صدور المعصية منه لأن عصمته تحجب المعاصى، ولا يمكن للأمة عزله لأنه معين من قبل الله سبحانه وتعالى.

الشاوي رأينا في "التعليقين-٣٨٧-١-٣٨٨-": العصمة لا يعترف بها أهل السنة لأحد بعد الرسول.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١.

(٢) نفس المرجع السابق.

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٥٧، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢، ٢٩٦، ٢٩٧، الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤.

٢٤٥، الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٨٢، المهذب ج ٣ ص ١٨٩، الأم ج ٦ ص

٣٦، فقه القرآن والسنة ص ٩٧.

بارتكابه المحظورات، وإقدامه على المنكرات، تحكيما للشهرة وانقيادا للهوى؛ لأن عمله هذا فسق يمنع من انعقاد الإمامة، ويمنع من استدامتها (١).

٢٣٨ - رؤساء الدول الأجنبية : وإذا كانت الشريعة لامتياز رئيس الدولة الإسلامية الأعلى، فهي من باب أولى لامتياز رئيس دولة أجنبية (٢). وإذن فالشريعة تسرى على رؤساء الدول الأجنبية، وعلى رجال حاشيتهم في أثناء وجودهم في دار الإسلام، فإذا ارتكبوا أى جريمة عوقبوا عليها. وإذا كان أبو حنيفة يرى عدم إمكان عقاب الإمام على الجرائم التي تمس حقوق الجماعة، فإن هذا الرأي لا يفيد رؤساء الدول الأجنبية شيئا؛ لأن أساس هذا الرأي أن الإمام لا يمكن أن ينفذ العقوبة على نفسه، والعقوبة هنا لا تقع عليه وإنما تقع على غيره.

على أن رؤساء الدول في دار الحرب وحاشيتهم يمكن أن يستفيدوا من نظرية أبي حنيفة في تطبيق الشريعة على المستأمن. ورؤساء الدول في دار الحرب وحاشيتهم ليسوا إلا مستأمنين. وطبقا لهذه النظرية لا يعاقب المستأمن إلا على الجرائم التي تمس حق الأفراد، أما الجرائم التي تمس حق الجماعة فلا يعاقب عليها. وقد علمنا أن أبا يوسف يخالف أبا حنيفة في هذا، ويرى كما يرى باقي الأئمة عقاب المستأمن على كل الجرائم التي يرتكبها في دار الإسلام (٣).

٢٣٩ - رجال السلك السياسى : تسرى الشريعة على رجال السلك السياسى فيما يرتكبون من جرائم في دار الإسلام، سواء تعلقَت الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد، وليس في قواعد الشريعة ما يسمح بإعفائهم من تطبيق الشريعة عليهم، إلا إذا أخذنا بنظرية أبي حنيفة في المستأمن - ٣٨٩ -، وهى تقضى بسريان الشريعة على المستأمن إذا ارتكب جريمة تمس حق الأفراد فإذا ارتكب جريمة تمس حق الجماعة فلا تسرى عليه الشريعة.

المصدر تعليق "رقم - ٣٨٩ -" : وقد مر آلفا بطلانها.

- (١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٤، أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١.
(٢) المقصود بالدول الأجنبية الدول اأخارية التى تقوم فى دار الحرب، أما الدول الإسلامية فلا تُعدُّ إحداها أجنبية بالنسبة للأخرى. ولا تسمح قواعد الشريعة بإعفاء رؤساء الدول الإسلامية من عقوبات الجرائم التى ارتكبوها فى دولة إسلامية أخرى، بل إنه يمكن عقابهم فى هذه الدولة الإسلامية على الجرائم التى ارتكبوها فى أى مكان من دار الإسلام، وعلى الجرائم التى ارتكبوها فى دار الحرب، على التفصيل الذى بينا فى الفقرة ٢١٨.

(٣) راجع الفقرة ٢١٤ وما بعدها.

عوده

ويلاحظ أن رجال السلك السياسي الذين يمكن عدّهم مستأمنين هم الذين ينتمون للدولة محاربة وعشائرها وليسوا مسلمين. أما المسلمون الذين يمثلون دولة محاربة أو دولة إسلامية، فهؤلاء لا يُعدّون مستأمنين بحال، وحكمهم حكم أى مسلم يقيم فى دار الإسلام.

وليس فى أخذ رجال السلك السياسى بجرائمهم ما يعيب الشريعة، مادامت الشريعة تسوى بينهم وبين غيرهم من رعايا الدولة، وتجعل حكمهم حكم رئيس الدولة. ولكن العيب فى الشفقة التى تأخذ بها القوانين الوضعية بحجة حمايتهم، وعكسهم من أداء وظائفهم؛ لأن الممثل السياسى الذى يرتكب الجرائم لا يستحق الحماية، ولا يصلح لأداء وظيفته، ولأنه لا يحصى الممثل شىء مثل ابتعاده عن الشبهات والمحرمات. وإذا خيف من اتخاذ الاتهام ذريعة للضغط على الممثل فهو خوف فى غير محله؛ لأن هناك من وسائل الضغط ما هو أسهل وأسرع وأجدى من الاتهام، فمنع محاكمة الممثل السياسى لا يمنع من الضغط عليه والتأثير فيه، والحجج التى يبررون بها منع المحاكمة لاتبرر المنع بحال من الأحوال.

إن أجيالا عديدة من الفقهاء والباحثين والمفكرين الإسلاميين سوف يذكرون بكل تقدير واعتزاز عناية فقيها بمبدأ المساواة الإنسانية في شريعتنا. وقد سبق أن لاحظنا أنه عدّه أساسا لنظرية عامة⁽¹⁾، وأعقب ذلك بالإشادة بنظرية مساواة المرأة بالرجل في الإسلام .
وما هو ذا الآن يعود ليخصص لهذه النظرية بحثا مطولا لاشك في أن أهميته تتجاوز الأحكام الفرعية أو الآراء الفقهية التي عرضها أو أيدها، ونأمل أن يكون منطلقا لاجتهادات وآراء مستقبلية تتجاوز بكثير ما توصل إليه هو أو ما قرره فقهاؤنا الأسبقون أو من يأتون بعدهم في آرائهم ومذاهبهم المتعددة .
ومن ناحيتنا سوف نحاول أن نتقدم بآراء تستند إلى هذا المبدأ الإسلامي الأصيل، وتتفرع عن هذه "النظرية" التي عنى فقيها ببحثها منذ بداية هذه الدراسة وإن تجاوزت آراؤنا بعض ما توصل إليه أو خالفته .
نحن نتفق معه في أن مبدأ المساواة الإنسانية في شريعتنا مبدأ أصيل نعتز به ونلتزم به في كل ما نقدمه من آراء توافق ما قدمه هو أو غيره من الفقهاء أو تخالفها أو تتجاوزها .

* * *

في دراسته لسريان النصوص الجنائية على الأشخاص ومبدأ المساواة، توسع في عرض أسس هذا المبدأ في شريعتنا وفقهنا، واهتمامها به كأساس لنظرية عامة بعكس القوانين الوضعية المستحدثة التي تخالف هذا المبدأ في كثير من نصوصها التي تميز طوائف معينة بإعطاء أفراد تلك الطوائف حصانة من المحاكمات الجنائية لا تقرها شريعتنا ولا تعترف بها .

هذا المبدأ هو الذي جعله أساسا لنقده لبعض فقهاء الحنفية الذين قالوا بعدم إقامة عقوبات الحدود على من يسمونه "الإمام الأعظم"، وتأيدوه القوي للرأى الآخر القائل بأنه يعزل بارتكاب الجرائم ويجب على الأمة أن تعاقبه كغيره من الناس لا أن يبقى إماما ويتمتع بالحصانة التي تعطل خدا من حدود الله ...

(1) يراجع تعليقنا على البند (21) و (22) .

❁ مبدأ المعاملة بالمثل في العلاقات الدولية يجب احترامه :

إن إعفاء رؤساء الدول الأجنبية وسفرائها من المحاكمات الجنائية أساسه مبدأ المعاملة بالمثل، فيما يتعلق بالاختصاص فقط. وليس معناه أننا نعفى رؤساء الدول الأجنبية وسفرائها من المسؤولية عن الجرائم التي يرتكبونها في بلادنا. كل ما هنالك أننا نقبل أن يكون الاختصاص بذلك لمحاكم بلادهم. فالمسألة في نظرنا متعلقة فقط باختصاص القضاء الوطني. فطبقاً لمبدأ تخصيص القضاء، من حق الجهة التي تمتلك هذا التخصيص أن تمتع قضاءنا من الفصل في مثل هذه القضايا. وهذا كله يطبق فيه مبدأ المعاملة بالمثل فيما يتعلق بالاختصاص القضائي. ومادام من مصلحتنا إعفاء ممثلينا من المحاكمة في الخارج، فلا يجوز أن ترفض إعفاء ممثلي الدول في بلادنا، والمعاملة بالمثل شرط من شروط التعاهد بين الدول، التي تسود العالم اليوم. ولا نرى مانعاً من أن يكون مبدأ الاحترام المتبادل بين الدول أساساً للإعفاء المتبادل لرؤساء الدول وممثليها من المحاكمة في بلادنا؛ وتتعهد كل دولة بمحاكمة رئيسها أو ممثليها في بلادها، فيكون الاستثناء مقصوراً على اختصاص المحاكم، ولا يُعَدَّ إعفاء من المسؤولية الجنائية أو المدنية. ولا يعنى ذلك تقرير إعفاء من تطبيق حكم شرعى في بلادنا على رئيس دولتنا، ولو كان الفعل الذي ارتكبه قد وقع في بلد أجنبي ولم يحاكم هناك بسبب تمتعه بالحصانة من المحاكمة على أساس التبادل التعاهدى أنه سيحاكم في بلده. وهذه كلها مسائل تنظمها القوانين الدولية على أساس مبدأ المعاملة بالمثل.

وقد ورد في أحد الكتب العصرية "كتاب عبقرية الإسلام"⁽¹⁾ من عناية النبي (ﷺ) بالرسول أو المفارضين أو سفراء الأجانب أنه كان يسبغ عليهم حمايته ويمنع أن يصل إليهم سوء، وكان من آثار ذلك أنهم يعفون من دفع الضرائب والرسوم عما يحملونه من الأمتعة على نخط مايجرى في العصر الحاضر.

وكما عرف المسلمون مايسمونه اليوم "الصندوق الدبلوماسى والحقائب الدبلوماسية" فما كانوا يحسون أشياء السفير ووثائقه، وقد عرفوا كذلك حصانة السفراء التي تجعلهم في بلادنا كأهم يعيشون في قطعة من بلادهم.

ويتجلى ذلك في أن قوانين الإسلام لا تطبق عليهم إلا بمقدار. فإذا فعل السفير حراماً أو شرب فسكراً أو ارتكب فاحشة لا يقام عليه الحد لأنه يعيش (كما يقرر القانون الدولي الحديث) كما لو كان خارج أرض الدولة.

(1) للدكتور متير العجلان ص 51

٢٤٠ - أعضاء الهيئة التشريعية : لا تسمح قواعد الشريعة بإعفاء أعضاء البرلمان من العقاب على الجرائم القولية التي يرتكبوها في دار البرلمان؛ لأن الشريعة تأبى أن تميز فردا على فرد، أو جماعة على جماعة، ولأنها تأبى أن تسمح لفرد أو هيئة بارتكاب الجرائم مهما كانت وظيفة الفرد أو صفة الجماعة .

وقد يظن البعض أن القانون يتفوق في هذه الناحية على الشريعة، ولكن قليلا من التفكير يؤدي بنا إلى القطع بأن الشريعة تتفوق في هذه الناحية تفوقا عظيما، سواء نظرنا إلى المسألة من وجهتها الفنية، أو نظرنا إلى المسألة من الوجهة الاجتماعية والأخلاقية.

فالقانون الوضعي يقوم في جرائم القول على قاعدة النفاق والرياء، ويعاقب الصادق والكاذب على السواء. والمبدأ الأساسي في القانون أنه لا يجوز أن يقذف المرء آخر أو يسبه أو يعبه، فإن فعل عوقب سواء كان صادقا فيما قال أو كاذبا .

وإذا كان هذا المبدأ يحمي البراء من السنة الكاذبين الملقين، فإنه يحمي أيضا الملوئين والجرمين والفساقين من السنة الصادقين .

وهذا المبدأ الذي قام عليه القانون، انعدم الفرق بين الخبيث والطيب، والمسيء والحسن، وانعدم الحد بين الرذيلة والفضيلة. وهذا المبدأ، انحط المستوى الأخلاقي بين الشعوب، فالطيب لا يستطيع أن ينقد الخبيث، والخبيث سادر في غيه، ذاهب إلى نهاية طوره؛ لأنه لا يخشى رقبيا ولا حسبا من الجماهير. ولا يستطيع امرؤ طبقا لهذا المبدأ القانوني أن يسمى الأسماء بمسمياتها، وأن يصف الموصوفات بأوصافها. لا يستطيع أن يقول لمن زنى يازان، ولا يستطيع أن يقول لمن سرق ياسارق، ولا يستطيع أن يقول للمفترى ياكاذب، فإن قالها بآء بالعقوبة، وبآء الزاني والسارق والكاذب فوق حماية القانون بالتعويض المالى على ما نُسب إليهم من قول هو عين الحق والصدق .

ذلك هو مبدأ القانون في جرائم القول، يحرم على الناس أن يقولوا الحق وأن يتناهوا عن المنكر، وأن يخطوا من قدر المسيء ليرفعوا من قدر الحسن والإحسان .

وقد شعر واضعو القانون المصري بخطورة هذا المبدأ على الشعب إذا طبق على إطلاقه، فاستثنوا منه حالات أربع هي :

١ - حالة الطعن في أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة، فإن الطاعن لا يعاقب على طعنه إذا حصل بسلامة نية، وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النياية أو الخدمة العامة، بشرط أن يثبت الطاعن حقيقة كل فعل أسند إلى المكدوف^(١). وقد تقرر هذا الاستثناء، لإشعار الموظف والنائب والمكلف بخدمة عامة أن أعمالهم معرضة للانتقاد، فيدعوهم ذلك إلى الإحسان ما استطاعوه .

(١) تراجع المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات المصري .

٢ - حالة دعوة الأمة إلى الانتخاب: فإن نص المادة ٦٨ من قانون الانتخاب يبيح الأقوال الصادقة عن سلوك المرشح وأخلاقه في أثناء المعركة الانتخابية بالرغم من تحريم قانون العقوبات هذه الأقوال في الأوقات العادية. وقد جعلت هذه الإباحة ليستطيع كل مرشح وكل ناخب أن يقول ما يعرفه عن سلوك المرشح وأخلاقه دون خوف من العقاب، وليسهل على الناخبين أن يميزوا بين المرشحين ويختاروا من يصلح للنيابة عنهم بعد أن يسمعوا عنه كل ما يتعلق بسلوكه وأخلاقه.

٣ - حالة انعقاد البرلمان: فإن أعضاءه لا يؤخذون على ما يدونه من الأفكار والآراء في المجلس طبقاً لنص المادة ١٠٩ من الدستور. وقد وضع هذا النص لتمكين نواب الأمة أن يقولوا ما يشاءون دون تخرج أو خوف من المحاكمة والعقاب. ويلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن الحالتين السابقتين في أن القاذف في الحالتين السابقتين لا ينجو من العقاب إلا إذا كان صادقاً فيما قال، أما عضو البرلمان فلا يحاكم ولا يعاقب سواء كان صادقاً فيما قال أو مختلماً لما قال.

٤ - حالة المحاكمة والتقاضى: فالمادة ٣٠٩ من قانون العقوبات تنص على الإعفاء من العقاب على القذف أو السب الذي يحدث من الخصوم أو وكلائهم في دفاعهم الشفوي أو الكتابي أمام المحاكم، ولا يترتب عليه إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية. ويلاحظ أن القاذف والسب يعاقب جنائياً على قذفه أو سبه سواء كان صادقاً أو كاذباً فيما قال.

هذا هو مبدأ القانون المصري، وهو المبدأ نفسه الذي تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة، وهذه هي مستنيتات المبدأ في مصر، وهي لا تكاد تختلف كثيراً عما في معظم القوانين الوضعية.

والعيب الفني في القانون المصري هو التناقض الظاهر وانعدام الانسجام. فبينما المبدأ الأساسي يقوم على حماية الحياة الخاصة للأفراد، إذا بالاستثناءات تقوم على إباحة الحياة الخاصة والعامة. وبينما المبدأ الأساسي هو تحريم القول الصادق والكاذب على السواء، إذا ببعض الاستثناءات تبيح القول الصادق فقط، وبعضها يبيح القول الصادق والقول الكاذب معاً، وليس بعد هذا تناقض ولا اضطراب.

والعيب الخلقى الاجتماعي أن القانون حين قرر حماية الحياة الخاصة للأفراد قد قضى بإفساد الحياة العامة للجماعة؛ لأن الأفراد هم الذين يكونون الجماعة، وإذا صلحوا صلحت الجماعة، ولا يمكن أن يتصور وجود جماعة صالحة أفرادها فاسدون. ولا شك في أن حماية حياة الأفراد الخاصة يؤدي إلى فساد أخلاقهم وهدم الوازع الأدبي في نفوسهم، فمن يحاول أن يوجد جماعة صالحة من هؤلاء قبل اجتثاث الفساد من نفوسهم فهو كمن يحاول إقامة بيت من لبنات تالفة غير متماسكة، فلا يكاد ينتهي من بنائه حتى ينحدر عليه من السقف أو يستقضى من القواعد.

أما المبدأ الأساسي للجرائم القولية في الشريعة فأساسه تحريم الكذب والافتراء، وإباحة الصدق في كل الأحوال، ولذلك فلا عقاب في الشريعة على من يقول الحق، ولا مؤاخذه على من يسمى الأشياء بمسمياتها، والموصفات بأوصافها. لا عقاب على من يقول للزاني يازان إذا أثبت أنه زان، ولا عقاب على من يقول للشارق إنك سارق، إذا أثبت أنه سارق، ولا عقاب على من يقول للكاذب إنك كاذب إذا لم يَعدُ قول الحق.

وليس لهذا المبدأ استثناءات ما، فكل إنسان يستطيع أن يطعن في أعمال الموظفين العموميين والنواب والمكلفين بخدمات عامة، وينسب إليهم عيوبهم مادام يستطيع إثبات مطاعنه، وله أن يتعدى أعمالهم العامة إلى أعمالهم وحياتهم الخاصة مادام يستطيع إثبات مطاعنه، وليس لهم أن يتضرروا من عيوبهم ولا من الصفات القائمة في أعمالهم أو أشخاصهم. ولم تحم الشريعة الإسلامية الحياة الخاصة للموظفين العموميين ومن في حكمهم كما تفعل القوانين الوضعية؛ لأن الشريعة لا تحمي النفاق والرياء والكذب، ولأن الشخص الذي لا يستطيع أن يسير سيرة حسنة في حياته الخاصة ليس أهلاً في نظر الشريعة لأن يتولى شيئاً من أمور الناس في حياتهم العامة.

وكل إنسان في وقت الانتخاب وفي غير الانتخاب يستطيع طبقاً للشريعة أن يقول للمحسن هذا محسن، وللمسيء هذا مسيء، مادام يستطيع أن يثبت إساءة المسيء. وكل إنسان سواء كان عضواً في البرلمان أو في أية هيئة أخرى، أو كان عاطلاً من عضوية الهيئات على الإطلاق، له الحق في أن ينسب ما يشاء إلى من شاء، مادام يستطيع أن يثبت ما ينسبه إلى هؤلاء. فليس في الشريعة كما في القانون ما يدعو إلى تحليل الصدق في وقت الانتخابات، وتحريمه في غير ذلك من الأوقات؛ لأن الشريعة توجب الصدق على الدوام، ولا تحرمه في أي ظرف من الظروف أو زمن من الأزمان.

وليس في الشريعة كما في القانون ما يدعو إلى تحليل الصدق والكذب معاً لأعضاء البرلمان والمتقاضين؛ لأن ذلك يجعل الصدق والكذب بمنزلة سواء، والشريعة توجب الصدق كل الوجوب وتحرم الكذب كل التحريم، فلا تجمع في حكم واحد بين المتناقضين؛ ولأن أعضاء البرلمان هم أهل الرأي والشورى، فإذا أحل لهم الكذب وأمنوا العقوبة عليه، كانوا أقرب إلى مظنة الوقوع فيه، وما قيمة الرأي والمشورة من قوم يظن فيهم أنهم لا يصدقون في كل الأحوال؟ ولأن الشريعة الإسلامية تقوم على المساواة، وفي تمييز أعضاء البرلمان والمتقاضين خروج على مبدأ المساواة.

هذا هو مبدأ الشريعة الإسلامية في الجرائم القولية يقوم على الصدق وتحريم الكذب، ويقوم على المساواة والمنطق والأخلاق الفاضلة، ويرمي إلى إصلاح الجماعة وتقويمها، وتشجيع الصالح وكبت الطالح، وتربية الأفراد على الأخلاق الحسنة، ورفع مستوى الفضيلة بين الجماعة، وشتان بين هذا المبدأ في قوته وصلاحيته، وبين مبدأ القانون في ضعفه وقمالاته.

يسرنا دفاعه الدائم عن ضرورة المساواة بين جميع البشر وتطبيق نظرية المساواة التي دافع عنها بحق وبحماسة تؤيده فيها .

ويسرنا أنه يشير إلى هذا المبدأ ويذكرنا به في كل مناسبة، وإن كنا نلاحظ أنه لم يجد الفرصة ولا الوقت الكافي لفحص آراء كثيرة نقلها عن كتب السلف على ضوء هذا المبدأ الأصيل. وسوف نستطيع لأنفسنا أن نقوم بما لم يقوم به في بعض المسائل ... ومع ذلك، فإننا نرى أن حالات التمييز التي أطال في مناقشتها والاعتراض عليها وعرض الآراء المختلفة في الفقه بشأنها ... قد تسوغها مسوغات لا بد أن نشير هنا إلى بعضها ... لأنها يجب أن تكون محل تقدير .

إننا لا نقر قوله بأن العقاب على القذف دون إعطاء القاذف الحق في إثبات ما ادعاه فيه إخلال بمبدأ المساواة - طالما أن القصد من هذه القاعدة تطهير المجتمع من إشاعة الاتهامات بوسائل العلانية التي تضر بالجميع بدون الالتجاء إلى القضاء مباشرة وتقديم الدليل له ليفحصه، والمقصود من ذلك ألا يعلن الاتهام في صورة قذف علني قبل حكم القضاء العادل الزية .

إن القول بمعاقبة القاذف دون تمكينه من إثبات صدقه يسوغه في نظرنا أن القصد من ذلك هو إلزام من يدعى الصدق ولديه الدليل عليه أن يبادر باتباع الإجراءات الشرعية في رفع الدعوى حسنة، بدلا من إلقاء التهم علنا قبل أن يفصل فيها القضاء ودون أن يعرضها عليه ويقدم الدليل الذي لديه. ولا نعتقد أن ذلك يخل بمبدأ المساواة خصوصا وأن القوانين تستثنى من ذلك نقد من يتولون السلطة أو الشؤون العامة، وتعطى للقاذف حق إثبات ما ادعاه في تلك الأحوال، لأهمية ذلك كضمان لراحة الحكام وأعوامهم، فتكون القاعدة التي انتقدها محصورة في التشهير بالأفراد علنا ممن لا يتولون مسئولية عامة دون الالتجاء إلى القضاء - وتُعَد القوانين ذلك فعلا يستحق التعزير .

لذلك لا نقر توسعه في هذا النقد، ولا قوله بأن مثل هذا الحكم إذا تقرر اجتهدا يكون مخالفا للشرعية، ولا أن فيه تقييدا على "الصدق" لأن باب الصدق مفتوح ولكن بالالتجاء إلى القضاء لكي يوقع الجزاء الشرعي بعد أن يثبت لديه توافر شروطه. ونرى أن رأيه هذا هو اجتهداده، ولكن لا يصح أن يفهم من حماسه في التدليل عليه أن الفقه أو الشريعة لا تتسع لغير هذا الرأي، ولا أن نقطع بأنه أفضل الآراء مقدما دون مراعاة المسوغات التي تستوجب أو تقتضي المفاضلة بين الآراء المختلفة .

ثم إن نقده الاتجاه في القوانين الوضعية إلى فرض العقاب على القذف دون إعطاء القاذف حق إثبات التهمة التي رمى بها الجنى عليه، نرد عليه بأن الجزاء المقرر في تلك الحالات هو التعزير. والأصل تطبيق التعزير على القاذف دون إعطائه فرصة لإثبات صحة ما قاله،⁽¹⁾ وموضوع هذا البحث في القسم الخاص عند دراسة هذه الجريمة. ولكني أبادر الآن إلى القول بأن رأيي هو عدم الخلط بين عقوبة الحد في قذف المحصنات العاقلات المؤمنات في الشريعة، والعقوبات التعزيرية. فالجريمة المعاقب عليها بالحد لها شروط إضافية، ومنها إعطاء المتهم حق إثبات ما يدعيه ليسقط الحد، وإن كان سقوط الحد لا يمنع التعزير في نظرنا لأن التعزير أوسع نطاقاً لأن الجزاء قد لا يكون عقوبة بل مجرد إصلاح وتهديب ووقاية، فلا يجوز الخلط بين شروط تطبيق الحد وبين الشروط التي تكفي للتعزير.

كما أنني ألفت النظر إلى أن من يدعى الصدق فيما قاله من قذف في حق غيره من الأفراد يمكن أن يعزر لعدم التجاوزه إلى القضاء قبل التشهير العلني الذي يضر بالمجتمع ذاته بإشاعة التنازع بالألقاب قبل ثبوت الاتهام قضائياً لأن واجبه أن يتخذ الإجراءات لإقامة الدعوى على من قذفه بالإجراءات الشرعية بدلاً من التشهير به في علانية تشيع الفاحشة في المجتمع، ولهذا يمكن التعزير دون أن يسمح له بالإثبات مجرد أنه أشاع الأقوال الجارحة بدون اتخاذ إجراءات الدعوى التي لها قيود وشروط عديدة.

إننا لا نوافق على إباحة التشهير بحجة الصدق؛ فالصدق يوجب مبادرة الفرد إلى اتخاذ الإجراءات الشرعية لإثبات صحة ادعائه وطلب مؤاخذه من ارتكب معصية، دون حاجة للتشهير العلني بالقذف في حق الأفراد، خصوصاً وأن الشريعة أعطت للفرد حق دعوى الحسبة وفتحت أمامه الباب الواسع لمباشرة الدعوى الجنائية حتى لا يسير في طريق القذف والتشهير العلني ضد أفراد المجتمع، الأمر الذي يشيع الفاحشة... ويفسد جو المجتمع بالاتهامات المتبادلة المرتجلة دون داع لذلك.

إننا نرى أن إعفاء القاذف في حق المحصنات من عقوبة الحد في حالة تمكنه من إثبات صحة ما نسب له للمقذوف إذا ورد في بعض كتب التراث لا يستلزم إعفاءه من التعزير؛ لأن مبدأ أنه لا يجوز أن يكون قول الفقيه في حالة معينة أو فعل معين بأنه لا حد فيه، معناه أنه لا تعزير فيه، لأن التعازير أوسع نطاقاً.

ومع ذلك فنحن نقر لنقده لحصر الإعفاء في حالة نقد الموظف العام أو من له صفة نيابية... إلخ في نطاق أعمال وظيفته دون حياته الخاصة، لأن جمهورنا وشريعتنا تفرض على من يتولى مسئولية عامة أن يكون سلوكه الشخصي على مستوى أخلاقي يقره

❁ إعفاء أعضاء المجالس النيابية يحتاج إلى تقييده بشروط كثيرة :

الرأى العام، ومجتمعنا لا يسمح له بأن يمارس سلوكا أخلاقيا لا يقره الدين والأخلاق، وأقل ما يجب عليه في هذه الحالة هو التخلي عن العمل العام ولكي يتمتع بما يتمتع به الأفراد العاديون من حماية ضد النقد في شئونه الشخصية .

كذلك نقره في أن حرمان الفرد العادى من رفع دعوى الحسبة يتناقض مع حرمانه من إثبات صدق دعواه في حالة القذف، لأن مبرره الوحيد هو أنه كان يجب عليه رفع دعوى الحسبة أمام القضاء .

إن المبدأ المقرر في القانون الوضعى بإعفاء أعضاء المجالس النيابى من المسؤولية الجنائية عن أقوالهم في الجلسات - يعلل بأنه قصد به تشجيعهم على نقل ما يرونه خطأ أو ضررا بالاجتماع أو بالنظام الحكومى دون خوف من المسؤولية .

وهو يتخذ ذلك بحق مستندا إلى أنه يعطى هذه الطائفة امتيازاً على غيرها من الناس ويفتح لها باب استغلال الحصانة البرلمانية لارتكاب جرائم القذف والسب حتى يسمح للسلطة بأن تتخذ الحصانة ميزة حماية من تشجيعهم على ارتكاب هذه الجرائم ضد من يعارضونها .

لكن المبرر الذى أشرنا إليه لم يناقشه ولم ينتقده، ولو فعل ذلك لاستطاع أن يقترح شروطاً أو قيوداً على هذا الإعفاء حتى لا يصبح امتيازاً لا مبرر له ولا يتجاوز الضرورة اللازمة لممارسة حق النواب في نقد الحكومة والعاملين بها .

لذلك، فإننا نقترح أن يكون أول هذه القيود أن يكون الإعفاء مقصوراً على ما يقال ماساً بالمسؤولين في السلطة، لأن مهمة هذه المجالس هي الرقابة على أعمالهم. فنقترح ألا يشمل الإعفاء ما يحس الأفراد العاديين الذين لا يمارسون أى سلطة في الدولة أو الحكومة. بل ويجب ألا يشمل ما يحس أعضاء المجالس الآخرين، حيث لاحظنا أن بعض النواب وخاصة من الأغلبية يعتمدون إهانة زملائهم المعارضين لإسكاتهم وتخويفهم .

والحق أن بعض النظم تلجأ إلى تزوير الانتخابات حتى لا يدخل هذه المجالس إلا من يؤيدونها ويكيلون لها المدح والثناء والتأييد للحكومة والوزارة والرئاسة دون مبرر، في حين أن مهمتهم هي النقد والإشراف على المسؤولين في السلطة. وهذا الواقع يحتاج منا إلى علاج، ولذلك قد يكون من المناسب إعطاء الناخبين الحق في محاسبة الأعضاء على إسرافهم في تلقى الحكومة والمسؤولين في السلطة بقصد الحصول على منافع شخصية من هذا النفاق، ومن حق الناخبين أن يذكروهم بأنهم لا يرضون عن هذا النفاق ..

ومعنى ذلك أن هذه الحصانة اقتصرت فائدتها على تمكين النواب الزائفين من ارتكاب جرائم ضد غيرهم من الأفراد دون عقاب، بل إنما تستغل الآن لحمايتهم من المحاكمة عن الجرائم التي ارتكبوها قبل دخولهم المجلس. وكثيراً ما نرى أن الغرض الأول من إدخال بعضهم بطريق التعيين أو التزوير قصد به تعطيل القضايا التي تقام ضدهم .

٢٤١- الأغنياء والفقراء : لا تفرق الشريعة بين الأغنياء والفقراء، فهم لدى الشريعة سواء، وقواعد الشريعة لا تسمح بأن يستفيد الغني من غناه أو أن يضار الفقير بفقره، ولهذا لا تعترف الشريعة بنظام الضمان المالي أو الكفالة المالية إذا كانت العقوبة الحبس، لا لشيء إلا لأنه نظام يقوم على غير المساواة. والمعروف في الشريعة هو نظام الكفالة الشخصية، ويطبق في حالة الحبس للدين، فمن كان محبوسا لدين جاز أن يفرج عنه إذا كان له كفيل. ولا شك في أن كل محبوس لدين يستطيع أن يجد شخصا يكفله؛ لأن الحبس للدين لا يكون إلا عند الامتناع عن الدفع مع القدرة عليه، ولكن كل محبوس لا يستطيع أن يدفع فورا قدرا من المال. أما الحبس في الجرائم على ذمة التحقيق والمحكمة، فيراه بعض الفقهاء نوعا من التعزير، أى عقوبة اقتضتها حالة الاتهام التي نزلت بالمتهم، ويترتب على عدّه هذا النوع من الحبس عقوبة أنه لا يمكن إخلاء سبيل المتهم بكفالة شخصية؛ لأن الكفالة لا تقبل في العقوبة. ويرى بعض الفقهاء أن الحبس في هذه الحالة حبس للاحتياط^(١) - ٣٩٠ - وليس عقوبة، وعلى هذا الأساس تجوز فيه الكفالة الشخصية. ولا شك في أن كل محبوس حيسا احتياطيا يستطيع أن يجد له كفيل، ولكن كل محبوس لا يستطيع أن يدفع ضمانا ماليا. وسواء عدّدنا الحبس تعزيرا أو احتياطيا فإن قبول الكفالة الشخصية أو عدم قبولها أساسه المساواة التامة بين الأفراد.

المصدر تعليق "رقم-٣٩٠-": وهذا هو أرجح القولين، إذ لا تعزير إلا مع ثبوت الجريمة، أما قبل ثبوتها كما هو المفروض فلا يكون السجن المذكور تعزيرا.

الشاوي رأينا في "تعليق-٣٩٠-": "نفضل أن يضيف في نهاية تعزيرا عقابيا. وإنما هو تعزير وقائي واحتياطي فقط كما ذكر هو في تعليق سابق."

(١) المدونة الكبرى جـ ١٦ ص ١٨، ١٧، ١٤، المبسوط للسرخسي جـ ٢٦ ص ١٠٦، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١١٧، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٨٤.

في دفاعه عن مبدأ المساواة في شريعتنا، استطرد للقول بأن فرض الكفالة المالية كشرط للإفراج عن المتهمين فيه إخلال بهذا المبدأ، لأنه يعطي امتيازاً للغنى الذي يمكنه أن يدفع الكفالة التي لا يستطيع الفقير دفعها. ونحن نرد على ذلك بأن العبرة ترجع إلى مقدار الكفالة، إذ يجب أن يراعى في تقديرها القدرة المالية للمتهم. فالمساواة تتحقق إذا روعى في تقديرها تناسبها مع غنى المتهم أو فقره. والإخلال بالمساواة لا ينتج عن مبدأ الكفالة، وإنما يقع إذا سوبنا بين الغنى والفقير في مقدار الكفالة المفروضة أو المشترطة.

ومع ذلك، فإننا نرى أنه لكي نضمن للفقراء حق الاستفادة من الإفراج نظير ضمان مالي ينص في القانون أن له دائماً الحق في تقديم كفيل شخص مقبول في حالة عجزه عن تقديم الضمان المالي الذي يستطيع الغنى تقديمه.

كما نلاحظ أنه عاد للقول بأن "التعزير" هو عقوبة، وقال إن الفقهاء الذين يعلّون الحبس الاحتياطي تعزيراً معناه أنه عقوبة جنائية. والصحيح في نظرنا أنه مجرد تدبير "احتياطي"، أي وقائي لمنع المتهم من الهرب قبل أن يفصل قضائياً في الإتمام الموجه إليه، أو منعه من القيام بما يعطل جمع الأدلة اللازمة للتحقيق. فهو ليس عقوبة، وإن سماه بعض الفقهاء تعزيراً لأن التعزير كما قلنا مراراً ليس عقوبة دائماً وفي جميع الأحوال بل يتسع لما يسمى في عصرنا بالحدابير الاحترازية أو الوقائية، ويسرنا أنه أورد رأياً آخر يعلّو الحبس في هذه الحالة للاحتياط.

عوده

٢٤٢- الظالمون في الجماعة: لا تميز الشريعة الإسلامية بين الأفراد، فهم لدى الشريعة سواء، فالحاكم كالحكوم، والشريف كالوضيع، والقوى كالضعيف، والناهب كالحامل. وقد عاتب الله رسوله عتاباً شديداً؛ لأنه اهتم بأمر قادة قريش وسراهما أكثر مما اهتم بأمر فقير أعمى هو ابن أم مكتوم عمرو بن قيس. جاء يسأل الرسول أن يعلمه مما علمه الله، وكان النبي مجتمعاً في هذا الوقت بصناديد قريش وسراهما يكلمهم في شأن الدعوة، فكره أن يقطع عليه ابن أم مكتوم كلامه-٣٩١-، وظهرت هذه الكراهية في وجهه، وأعرض عنه وهو يطمع في استمالة القوم، فأنزل الله جل شأنه في ذلك الحادث قوله: ﴿عَبَسَ وَتَوَلَّى * أَن جَاءَهُ الْأَعْمَى * وَمَا يُدْرِيكَ لَعَلَّهِ يُزَكَّى * أَوْ يَذَّكَّرُ فَتَنْفَعَهُ الذِّكْرَى * أَمَا مِنْ اسْتَفْتَى * فَأَنْتَ لَهُ تَصَدَّى * وَمَا عَلَيْكَ أَلَا يَزَكَّى * وَأَمَا مِنْ جَاءَكَ يَسْعَى * وَهُوَ يَخْشَى * فَأَنْتَ عَنْهُ تَلَهَّى﴾ [عبس: ١ - ١٠].

وقد حرص الرسول صلى الله عليه وسلم على تطبيق مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الأفراد. من ذلك أنه طبق هذا المبدأ يوم أن سرقت امرأة من أشرف قريش، فحدث الناس أن رسول الله عزم على قطع يدها، وأعظموا ذلك وكلموا فيها الرسول فقام خطيباً فقال: ما إكثاركم علي في حد من حدود الله، وقع على أمة من إماء الله؟ والذي نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد نزلت بمثل الذي نزلت به لقطع محمد يدها^(١).

وخاصم عبد من عامة الناس عبد الرحمن بن عوف وهو من كبار الصحابة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فغضب عبد الرحمن بن عوف، وسب العبد قائلا: يابن السوداء. فغضب النبي أشد الغضب، ورفع يده قائلا: "ليس لابن بيضاء على ابن سوداء سلطان إلا بالحق". فاستخذى عبد الرحمن وخجل، ورأى أن يعتذر للعبد أوضح اعتذار وآلمه للنفس، فوضع خده على التراب، وقال للعبد: طأ عليه حتى ترضى.

الصدر تعليق "رقم-٣٩١-": لأنه (ﷺ) كان يطمع في إسلام صناديد قريش، وكان يرى (ﷺ) أن الاهتمام بإسلامهم أولى من أجوبة مسائل ابن أم مكتوم فلا يكون في الآية طعناً للنبي (ﷺ). هذا بناء على أن المراد بالآيات المباركة عتاب النبي (ﷺ). وأما بناء على أن المراد عتاب سواه كما في بعض الروايات فهي أجنبية عن النبي (ﷺ).

الشاوي رأينا في "تعليق-٣٩١-": لالتفاق عليه، ونرجح ظاهر النص. ونعتقد أن عتاب القرآن للرسول الكريم بشرفه ولا ينقص من قدره.

(١) كتاب الخراج لأبي يوسف ص ٥٠.

عوده

وكلنا يذكر قصة جيلة بن الأيهم، فقد داس أعرابي على إزاره وهما يطوفان بالكعبة، فلطمه جيلة. فشكاه الأعرابي إلى عمر بن الخطاب، فأمر بالقصاص. وعز على جيلة وهو شريف أن يقتص منه الأعرابي، فهرب ولحق بأرض الروم وتنصر، ثم أدركه الندم، فقال مقالته المشهورة :

تنصرت الأشراف من أجل لظمة وماكان فيها لو صبرت لها ضرر .
وكان عمر بن الخطاب حريصا على التسوية بين الأشراف والعامه، وله في ذلك وقائع مشهورة ^(١).

والقاعدة في الشريعة أن التعويضات لا ينظر فيها إلى شخصية المجني عليه، ولا مركزه، ولا ثروته، وإنما يقدر التعويض على أساس نتيجة الفعل الذي وقع عليه. فإذا قتل شريف ووضع ففديتهما واحدة، وإذا أصيب عامل من شركة ومدير الشركة في حادث وترتب على الحادث أن فقد كل منهما ذراعا أو إصبعاً عوض كل منهما تعويضا مساويا لتعويض الآخر .

٢٤٣ - السلسلون والذميون : وتسوى الشريعة بين المسلمين والذميين في تطبيق نصوص الشريعة في كل ما كانوا فيه متساوين، أما ما يختلفون فيه فلا تسوى بينهم فيه؛ لأن المساواة في هذه الحالة تؤدي إلى ظلم الذميين. ولا يختلف الذميون عن المسلمين إلا فيما يتعلق بالعقيدة، ولذلك كان كل ما يتصل بالعقيدة لا مساواة فيه. والواقع أنه إذا كانت المساواة بين المتساوين عدلا خالصا، فإن المساواة بين المتخالفين ظلم واضح، ولا يمكن أن يُعَدَّ هذا استثناء من قاعدة المساواة، بل هو تأكيد للمساواة، إذ المساواة لم يقصد بها إلا تحقيق العدالة، ولا يمكن أن تتحقق العدالة إذا سوى بين المسلمين والذميين فيما يتصل بالعقيدة الدينية؛ لأن معنى ذلك هو جعل المسلمين على ما يتفق مع عقيدتهم، وجعل الذميين على ما يختلف مع عقيدتهم، ومعناه أيضا عدم التعرض للمسلمين فيما يعتقدون، والتعرض للذميين فيما يعتقدون وإكراههم على غير ما يدينون، ومعناه أخيرا الخروج على قواعد الشريعة العامة التي تقضى بترك الذميين وما يدينون، والخروج على نص القرآن الصريح ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ [البقرة: ٢٥٦].

والجرائم التي تفرق فيها الشريعة بين المسلمين والذميين، هي الجرائم القائمة على أساس ديني محض كشراب الخمر وأكل لحم الخنزير. فالشريعة الإسلامية تحرم شرب الخمر وأكل لحم الخنزير، ومن العدل أن يطبق هذا التحريم على المسلم الذي يعتقد طبقا لدينه بجرمة شرب الخمر وأكل لحم الخنزير، ولكن من الظلم أن يطبق هذا التحريم على

(١) راجع سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي من ص ٩٥ إلى ص ١٠٠ .

غير المسلم الذي يعتقد بأن شرب الخمر غير محرم وأن أكل لحم الخنزير لا حرمة فيه. ولو طبقت قاعدة المساواة تطبيقاً أعمى لأخذ الذميون بأفعالهم في معتقداتهم غير محرم، وفي هذا ظلم بين، فكان من العدل الذي أخذت به الشريعة نفسها أن قصرت التحريم على المسلمين دون غيرهم. فالمسلم إذا شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير ارتكب جريمة معاقب عليها، أما الذمي فلا يُعَدُّ شربه الخمر أو أكله لحم الخنزير جريمة - ٣٩٢ -

ولكن يعاقب الذميون على الجرائم القائمة على أساس ديني إذا كان إتيانها محرماً في عقيدتهم، أو يُعَدُّ عندهم رذيلة. أو إذا كان إتيان الفعل مفسداً للأخلاق العامة، أو ماساً بشعور الآخرين. فمثلاً شرب الخمر ليس محرماً في عقيدة الذميين ولكن السكر محرم عندهم، أو هو رذيلة، فضلاً عن أنه مفسد للأخلاق العامة، ومن ثم كان الذميون معاقبين على السكر دون الشرب، فمن شرب حتى سكر عوقب - ٣٩٣ -، ومن شرب ولم يسكر فلا عقوبة عليه. والشريعة توجب الصوم على المسلم، وترى في عدم الصوم معصية، وفي التظاهر بالإفطار معصية، ولكنها لا تعاقب على عدم الصوم إلا المسلم؛ لأنه ملزم به طبقاً لعقيدته؛ ولأن غير المسلم ليس ملزماً بالصوم؛ لأنه لا يعتقد به ولو حمل عليه بالعقوبة ظلم وأكره على عمل ما لا يعتقد ولا إكراه في الدين. أما التظاهر بالإفطار فيعاقب عليه المسلم والذمي معاً؛ لأن الذمي وقد التزم أحكام الإسلام يجب عليه أن تمتنع عن كل ما يمس شعائر الإسلام وشعور المسلمين، وهذا دون شك في استطاعته، ولا يمس أي أساس بعقيدته، والتظاهر بالإفطار فيه مساس بشعيرة الصوم، ويشعور الصائمين، فإذا ما تظاهر الذمي بالإفطار عوقب على تظاهره بالإفطار، وإذا لم يتظاهر فلا عقاب عليه ولو أنه مظهر، لأن الصوم ليس واجباً عليه - ٣٩٤ -

تعليق "رقم - ٣٩٢ -": ولكن التجاهر بشرب الخمر جريمة يعاقب عليها، وهكذا التجاهر ببقية الكيالات في الشريعة الإسلامية، لأن الذمي وقد التزم بأحكام الإسلام يجب عليه أن يمتنع عن التظاهر بمخالفة الإسلام ومخالفة أحكامه وألا يعمل عملاً يكون سبباً لإفساد أخلاق المسلمين ومن البديهي أن التجاهر بالمعاصي الكبيرة قد يكون سبباً لإفساد أخلاق المسلمين وتجرحهم على مخالفة أحكام الإسلام.

تعليق "رقم - ٣٩٣ -": إذا تجاهر به أو كان عندهم جريمة.

تعليق "رقم - ٣٩٤ -": إن الصوم من الأحكام الشرعية التي يخاطب بها جميع المكلفين من مسلمين وغيرهم بناء على ما هو المشهور بين فقهاء المذهب الجعفري من كون الكفار مكلفين بالفروع كالأصول، وإنما لا تعاقبهم السلطة على ترك الصوم لأن الصوم لا يصح من المكلف إلا مع الإسلام، ولما كان من لوازم الدمة إيقاظهم على دينهم فلا تعاقبهم السلطة على مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية.

رأينا في "التعليقات - ٣٩٢ - إلى - ٣٩٤ -": العقاب على التظاهر ليس عقاباً على الفعل ذاته، ولذلك يستوى فيه الجميع سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين.

لؤيد اعتزازه بما سبقت إليه الشريعة جميع القوانين في المساواة بين جميع الناس في تطبيق العقوبات على النحو الذي فصله. ونرى أنه لا يجوز الخروج عليه ...
لكننا لا نذهب إلى ما قاله من أن تحديد الدية شرعا يتعارض مع تقدير تعويضات مالية إضافية يرى أنها قد تخل بمبدأ المساواة. ونحن لا نصل إلى هذا الحد، وسيكون تفصيل رأينا في موضعه عند دراسة العقوبات، لكننا نبادر للقول بأن رأينا هو أن الدية المفروضة شرعا هي الحد الأدنى الثابت الذي لا يجوز الترول عنه لأنها بمثابة عقوبة تجب فيها المساواة، لكن ذلك لا يمنع في نظرنا أن يضاف إليها تعويض إذا لم تكن كافية في نظر القاضى للتعويض عن الضرر الذي أحدثته الجريمة، وذلك تطبيقا لمبدأ شرعي أساسى هو أنه "لا ضرر ولا ضرار".

والتفاوت في مقدار التعويض ليس معناه الإخلال بالمساواة طالما أن معياره تقدير الضرر، ومقدار الضرر لا مانع شرعا أن يراعى فيه المركز الاجتماعى أو المالى للطرفين. فالضرر الذى يصيب تاجرا ناجحا غنيا من التشهير به أكبر بكثير من الضرر الذى يصيب معدما لا يملك إلا عمله أو جهده .

ونشير بالذات إلى أننا نؤيد ترجيحه لمذهب الإمام أبى حنيفة⁽¹⁾ في وجوب المساواة بين المسلم وغيره في القصاص، لأن البشر متساوون في حقهم في حرمة حياتهم وسلامة أديانهم وأعراضهم ... وهذا هو ما يستقيم مع عموم النص. ونرجح رأي أبى حنيفة فيما يتعلق بعدم تطبيق حد الرجم على الزانى المحصن على الذميين، وسبب ذلك أن لنا رأيا في هذا الحد ونؤيد القائلين بعدم وجوبه بالنسبة للمسلمين أيضا، كما أن رأينا في عقوبة القذف أنها التعزير في الأصل بالنسبة للجميع، أما الحد فخاص بقذف اخصائات بنسبة الزنا إليهن . وعلى العموم، فإننا نعارض كل استثناء على مبدأ المساواة بين الناس جميعا في العقوبة لأننا نرى أنه مبدأ عام لا استثناء فيه، وهذا هو ما يؤكداه فقيهما في النهاية⁽²⁾.

(1) البند (245).

(2) البند (246).

٢٤٤ - ميزة للشرعية : وترتب على التفرقة في تطبيق نصوص
الشرعية بين المسلمين والذميين أن تكون الجرائم في الشرعية قسمين : قسم عام
يعاقب على إتيانه كل المقيمين في دار الإسلام، وقسم خاص يعاقب على إتيانه
المسلمون دون غيرهم، ولا يمكن أن يقع إلا منهم، وأساس هذا القسم هو الدين .
وليس في القوانين الوضعية الحديثة - على ما أعلم - قانون واحد لم يسلك
مسلك الشرعية من حيث جعل بعض الجرائم عامًا يقع من كل الرعايا، وبعضها
خاصًا يقع من بعض الرعايا فقط، ولكن القوانين لا تجعل أساس التفرقة الدين .
وقد اضطرت الشرعية الإسلامية لسلوك هذا الطريق لتحقيق العدالة، وتوفير حرية
الاعتقاد، والحفاظ على النظام، وأساس النظام في الشرعية هو الإسلام. أما القوانين
الوضعية فليس فيها ما يحمل واضعها على سلوك هذا الطريق، لأن القوانين تجرد عادة
من كل ما له مساس بالعقائد والأخلاق والدين على العموم، ويكفي فيها بتحريم ما يمس
علاقات الأفراد المادية، أو يمس الأمن، أو نظام الحكم. وقد أدت طريقة القوانين إلى فساد
الأخلاق، وشيوع الفوضى، والتحلل من كل القيود، وأوجدت في الجماهير روح التمرد،
والاستعداد للخروج على قواعد القانون والاستهانة بها، فكثرت الثورات والانقلابات،
وصارت النظم تتغير يوما بعد يوم، وكل نظام يلاقي مصير النظام الذي سبقه.
ولقد أوقع المشرعين الوضعيين في هذا الخطأ الفاحش أنهم أرادوا أن يحققوا
المساواة، ويطبقوا مبدأ حرية الاعتقاد، فلم يروا وسيلة لتطبيق هذين المبدأين معا إلا
أن يجرّدوا القانون من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان، فأدى بهم هذا التطبيق
السيئ إلى هذه النتائج المخزنة. ولو أنهم أخذوا بطريقة الشرعية الإسلامية لضمنوا
تحقيق ما شاءوا من مبادئ، ومنعوا من وقوع هذه المساوئ .
ولعل عذر المشرعين الوضعيين فيما حدث أن القوانين الوضعية كانت إلى ما قبل
الثورة الفرنسية تقوم على أساس ديني يراعى فيه مذهب الحاكم واعتقاده، لا مذاهب
الحكوميين جميعا وعقائدهم، بحيث كان المخالفون في العقيدة يحملون حملا بسطوة القانون
على اعتناق مذهب الحاكم أو عقيدته، وقد أدى هذا المسلك إلى إثارة الشحنة
والبغضاء بين أفراد الشعب الواحد، وإراقة الدماء وتعدد المذاهب، مما كان له رد فعل
قوى حمل المشرعين على أن يعالجوا هذه الحالة بتجريد القوانين الحديثة من كل ما يمس
العقائد والأخلاق والأديان، ولكن هذا العلاج أدى إلى نتائج لا تقل سوءا كما رأينا،
ولا أظن أن هناك علاجًا موفقا كالعلاج الذي ارتأته الشرعية، فإنه يؤدي إلى الأخذ
بمبدأي المساواة وحرية الاعتقاد، كما يؤدي في الوقت نفسه إلى الاحتفاظ بالقيم
الأخلاقية والروحية، وهي الأساس الأول في احترام الشرائع والقوانين .

عوده ويجب ألا ننسى حين نقارن القوانين الوضعية بالشرعية الإسلامية، أن الشريعة الأخيرة شريعة دينية أساسها الإسلام، فلا يمكن بطبيعة الحال أن تتجه اتجاهها بخالف الإسلام، وأن الدين الإسلامي يُعَدُّ النظام الأساسي للدولة بكل ما يشتمل عليه من صوم وصلاة وزكاة وحج وتوحيد. وبكل ما يوجهه ويحرمه، وهو نظام لا يقلل التجزئة بطبيعته، فليس من المستطاع الأخذ ببعضه وترك بعضه؛ لأن الأخذ ببعضه، وترك بعضه هدم له. وقد فهم أصحاب الرسول (ﷺ) هذا الوضع حق الفهم، فحاربوا مانعي الزكاة-٣٩٥- بعد وفاة الرسول واعتبروهم مرتدين؛ مع أن المسلمين كانوا في أشد الحاجة إلى المسألة في هذا الوقت العصيب الذي انتفضت فيه شبه جزيرة العرب كلها من المسلمين-٣٩٦-.

فالشريعة إذن لا يمكن بأي حال أن تتخلى عن العقاب على الجرائم الدينية أو الأخلاقية، لأنها تقوم على النظام الإسلامي، ولأنها وجدت لحماية هذا النظام والحفاظة على مقوماته، فلا بد أن تحرم كل ما يمسّه وتعاقب عليه.

ولا يصح أن يُعَدَّ هذا عيباً في الشريعة الإسلامية، لأنه صفة أساسية لاصقة بكل نظام أقيم أو يقام على وجه الأرض. فكل نظام له أسسه التي يقوم عليها، ومقوماته التي لا يستمر بغيرها، ولا يمكن أن يقوم أى نظام وضعى أو غير وضعى إذا أهملت أسسه، وتجهلت مقوماته. فالديمقراطية لها أسس معينة ومقومات خاصة، والنازية لها أسس معينة، ومقومات خاصة، والشيوعية لها أسس معينة، ومقومات خاصة. وكل نظام من هذه الأنظمة يختلف أسسه ومقوماته اختلافاً ظاهراً عن أسس النظام الآخر ومقوماته، ولا يمكن أن يعيش أى نظام من هذه الأنظمة إذا أهملت بعض أسسه، أو تجهلت بعض مقوماته؛ لأنه بهذه الأسس والمقومات وجد وعاش، وتميز عن غيره من الأنظمة. ونحن نعلم أن كل نظام من هذه الأنظمة الثلاثة يضع عقوبات قاسية على كل ما يمس أسس النظام، أو يهدم مقوماته، فلا عيب إذن على الشريعة إذا عاقبت

الصدر تعليق "رقم-٣٩٥-": إنما يحارب مانعو الزكاة إذا أنكروا وجوبها أو امتنعوا من إخراجها، أما إذا منعوها عن الدولة التي تطالبهم بها لاعتقادهم بعدم مشروعيتها وإثما قسموها بأنفسهم كما هو الحال في مانعي الزكاة بعد النبي (ﷺ) فلا تجوز محاربتهم.

الصدر تعليق "رقم-٣٩٦-": لم يثبت التاريخ إلا انتفاض بعض أطراف الجزيرة لاجتماعها على المسلمين. **الشوقي** رأينا في "التعليق رقمى-٣٩٥-،-٣٩٦-": يدهشنا إصراره على نقد موقف أبي بكر الصديق ممن منعوا الزكاة - الذى يخالف فيه الثابت تاريخياً - ونرجو أن يكون ذلك رأياً شخصياً له ولا يسه إلى المذهب الجعفرى.

عواده

كل ما يمس النظام الذي قامت عليه؛ لأن ماتفعله الشريعة هو طبيعة لازمة لكل نظام يراد له البقاء والنماء والاستقرار. وإذا كانت الشريعة تعاقب على ما لا تعاقب عليه القوانين الوضعية فليس ذلك بشيء؛ لأنه يرجع إلى تغاير النظم واختلاف طبائعها. وما دامت اتجاهات النظم مختلفة، وطبائعها مختلفة، فلا يمكن أن تتفق فيما تحل وفيما تحرم. والأمثلة على ذلك بارزة في الأنظمة الوضعية. فالشيوعية مثلا تعاقب على الدعوة للنازية والديمقراطية، والنازية تعاقب على الدعوة للديمقراطية والشيوعية، والديمقراطية تحارب الشيوعية والنازية وتعاقب عليهما، والملكية الفردية مباحة إلى غير حد في البلاد الديمقراطية، ولكنها جرمية في البلاد الشيوعية. فاختلاف الأفعال المحرمة في النظم لا يمكن أن يكون عيبا بذاته؛ لأن قيمة النظام لا تقاس بما يحل وما يحرم، ولا بعمومه وخصوصه، وإنما يقاس بما يؤدي إليه من إسعاد الجماعة، ورفقها وتفوقها، ونشر العدل والمساواة والتراحم بين أفرادها.

ولست أترك هذا الموضوع قبل أن أبين حقيقة مقررة في الشريعة الإسلامية لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها، وهي أن الشريعة نصت على أفعال معينة وعَدَّتْها جرائم، وأوجبت العقوبات عليها، ولم تجعل لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة في بعض هذه الجرائم، وهي الحدود والقصاص، وجعلت له حق العفو عن الجريمة-٣٩٧- أو العقوبة في بعضها الآخر، وهي جرائم التعازير. كذلك ترك لولى الأمر أن يحرم كل الأفعال التي تقتضى مصلحة الجماعة والنظام العام تحريمها-٣٩٨-، وأهم هذه الأفعال هي الأفعال التي تخالف روح الشريعة أو مبادئها العامة، فإن رأى ولى الأمر أن المصلحة تقتضى تحريم فعل معين حرمه-٣٩٩- وعاقب عليه بعقوبة تعزيرية. وحق ولى الأمر في التحريم والعفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بالصالح العام والنظام العام، أى : النظام الإسلامى، وعلى هذا يمكن القول بأن كل الجرائم ذات الأساس الدينى البحث لا خيار في العقاب عليها، لأن الجريمة إن كانت حداً فلا محيص من العقاب عليها، وإن كانت الجريمة تعزيراً فإن العفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بمصلحة النظام الإسلامى،

المصدر

تعليق "رقم-٣٩٧-": مر علينا قريبا أنه لا معنى لعفو ولى الأمر عن الجريمة إلا إباحتها، ولا يحق لولى الأمر أن يبيع ما حرمه الله.

المصدر

تعليق "رقم-٣٩٨-": أى المنع عنها في زمان خاص وفق ما تقتضيه المصلحة الإلزامية وليس له أن يحرم شيئا محرما مطلقا ما لم يكن مستندا إلى دليل شرعى .

المصدر

تعليق "رقم-٣٩٩-": بالمعنى الذى مر علينا قريبا .

عوده

ولاشك في أن العقو في كل الأحوال يتنافى مع هذا النظام-٤٠٠- .
كذلك فإن ولي الأمر ملزم بتحريم-٤٠١- كل ما يتنافى مع روح الإسلام ومبادئه العامة وفرض عقوبة عليه، فسلطان ولي الأمر في التحريم وعدم التحريم-٤٠٢- والعفو وعدم العفو مقرر لمصلحة النظام الإسلامي، وليس لمصلحة ولي الأمر ولا لأى مصلحة أخرى. والعقوبة المقررة للجرائم الدينية إنما قررت لمصلحة النظام الإسلامي دون غيره، وما كان مقروا لمصلحة نظام ما، فلا يصح أن يجادل فيه من يريد إقامة هذا النظام، ولا يصح أن يتهاون في شأنه القائلون على أمر هذا النظام، ولا ضمير في أن تخالف الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في العقاب على الجرائم الدينية، فإن الخلاف راجع إلى اختلاف طبيعة النظم، كما لم يثن الشيوعيين عن تجيئة الشيوعية وتفضيلها على غيرها من الأنظمة، مع أنها تخالف كل نظام وضعى أو سماوى وجد على وجه الأرض حتى اليوم، كما أنها لا تتفق مع طبائع الأشياء .

ولقد قلنا : إن الشريعة الإسلامية تقسم الجرائم إلى جرائم عامة تقع من كل الرعايا، وجرائم خاصة تقع من المسلمين دون غيرهم، وإن أساس هذه الجرائم الخاصة هو الدين. وقلنا : إن هذا المسلك غير غريب على القوانين الوضعية في اتجاهها الحديث، وإن كانت لا تجعل أساس التفرقة الدين . وتفصيل ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة لا تخلو من نصوص خاصة لا تنطبق إلا على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات، كالنصوص التى تنطبق على القضاة دون غيرهم، أو على المحامين أو الأطباء. وهذه النصوص تحرم على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات أفعالا معينة، وتعاقب عليها بعقوبات خاصة. وتحرم بعض الأفعال على أشخاص أو فئات معينة يساوى ما فعلته الشريعة من عقاب المسلم على بعض الأفعال المحرمة عليه دون غيره. ومعنى ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة قد اضطرت لحماية المصلحة الفردية والعامة إلى أن تأخذ بالنظرية التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من أربعة عشر قرنا لحماية مصالح الجماعة ونظامها العام .

تعليق "رقم-٤٠٠-": ولكن قد تقتضى المصلحة الإسلامية مخالفة هذا النظام في بعض الأحوال.

تعليق "رقم-٤٠١-": بالمعنى الذى ذكرناه آنفا .

تعليق "رقم-٤٠٢-": أى في المنع عنه وعدم المنع عنه كما مر علينا قريبا.

رأينا في تعليق "رقم-٤٠٢-": تراجع الحاشية .

المصدر

المصدر

المصدر

اشاوى

إننا لا نوافق على قياس المبادئ والنظريات الإسلامية على النظم السياسية القديمة أو الحديثة، ولا نرى داعياً للاستشهاد بما توصلت إليه بعض النظم السياسية "العصرية" لتدعيم رأى أو حكم أو مبدأ إسلامي أو إثبات تقدمه وتفوقه.

إن ما قاله عن اتجاه النظم السياسية (الاشتراكية أو الديمقراطية أو النازية) إلى فرض عقوبات جنائية "وضعية" لحماية ما تعدّه نظاماً عاماً للدولة - لا يجوز أن تكون له علاقة بالنظريات الشرعية الإسلامية ذات الطابع الإنساني الذي يتجاوز المذاهب والنظم السياسية ولو سميت بأنها عصرية.

ومن أهم هذه النظريات الإسلامية، مبدأ المساواة الإنسانية التي أكدها رسولنا الكريم في حجة الوداع بقوله (ما معناه) "أيها الناس إن أباكم واحد وإن إلهكم واحد". ومعنى ذلك أنه لا فضل ولا تفاضل بين الناس باللون أو الجنس أو أى صفة إنسانية أخرى...

إنه أشار مراراً إلى عالمية الشريعة، ويقصد بذلك أن مبادئها إنسانية عالمية وليست لصالح شعب يتميز عن غيره. فالقرآن لم يصف المسلمين بأنهم شعب الله المختار كما تدعى ذلك أمم أخرى، بل وصفهم بأنهم أمة وسط تتصل بجميع أطراف العالم وغناصره وأمم لبلفهم دعوة الحق وتشهد عليهم بذلك كما شهد علينا رسولنا الكريم.

معنى ذلك في نظرنا أن شريعتنا لا تنسب لدولة معينة ولا نظام سياسى معين، ولا تنسب لها أى دولة إلا بقدر ما تلتزم بأحكامها وتنفذها. وهذا القدر من الالتزام يختلف كما هو واضح في تاريخنا، إذ لم يكن التزاماً كاملاً قط بعد عهد الرسول وخلفائه الراشدين، ومع ذلك فإن تلك الدول وصفت نفسها بأنها إسلامية وما زالت توصف بذلك، وسجل التاريخ ذلك. وما زال عصرنا يشهد دولاً عديدة تدعى هذه الصفة، لكن ليس معنى ذلك القول بأن نظامها هو الإسلام دون غيره ولا أنه هو الإسلام الكامل.

وحتى لو انتسب نظام معين للإسلام، فليس معنى ذلك أن ينسب الإسلام إليه أو يتجسد فيه أو أنه يحتكر هذا الوصف دون غيره، لأن شريعتنا وضعت مبادئ ونظريات يمكن أن تقام عليها نظم متنوعة ومتعددة بل ومختلفة ومتغيرة، ويمكن أن توصف كلها بأنها إسلامية رغم اختلافها.

لهذا السبب، فإننا لا نقر قياس مبادئ الإسلام على أى نظام سياسى، مثل النظم العصرية التي رفعت شعارات الاشتراكية أو الفاشية أو الديمقراطية، بل إن النظم التي تنسب للإسلام لا نعرف لها بهذه الصفة إلا بقدر ما تلتزم به من مبادئ شريعتنا وأصولها.

وأحكامها، وهذا أمر يختلف فيه الآراء خصوصاً أن هناك مذاهب متنوعة ومتعددة في شريعتنا، وكثيراً ما تعلن الدولة التي توصف بأنها إسلامية، أنها تلتزم بأحد تلك المذاهب دون غيره وهنا تكون الدولة ملهية بهذا المعنى، فهي دولة شيعية أو سنية أو زيدية ... إلخ. وعلى العموم، لا يجوز الادعاء بأن أحد هذه النظم هو الإسلام وحده أو أنه يحتكر الانتساب إلى الإسلام، وأن النظم التي تخالفه إنما تخالف الإسلام الذي هو أوسع من أي نظام ينتسب إليه .

نحن نلصر على أن الإسلام وشريعته عبارة عن مجموعة من العقائد والقيم والمبادئ الإنسانية وليس نظاماً معيناً - ولا يصح قياسه على النظم السياسية المختلفة سواء كانت تنتسب للإسلام أو تُعدّ أجنبية عنه أو حتى معادية له .

وإذا كانت الدول العصرية التي ترفع شعار فلسفة وضعية (ماركسية أو فاشية أو ديمقراطية) تعطي نفسها الحق في أن تفرض عقوبات جنائية لحماية ما تحسبه "النظام العام"، فلا نرى من الصواب أن نقيس أحكام الإسلام بهذا القياس، ونصف بعض الأحكام الشرعية بأنها تحمي النظام العام، لأن ما يسمى النظام العام ينسب عادة للدولة، والإسلام أوسع نطاقاً من الدولة أي كانت صفتها كما بينا، حتى ولو أعلنت أنها دولة "إسلامية" .

إننا نفضل عرض مبادئ شريعتنا على أنها إنسانية لا تخص شعباً معيناً، حتى إن شريعتنا قد اتسعت لأحكام الطوائف غير الإسلامية التي تستظل بمبادئ شريعتنا وتعترف بسيادتها التي تحمي معتقداتها وعبادتها حتى ولو كانت تخالف بعض أحكام شريعتنا المطبقة على المسلمين. فشريعتنا ذات طبيعة عالمية أو إنسانية، وليست قومية ولا طائفية .

إن التشريع الجنائي -سواء كان إسلامياً أم لا- هو تشريع اجتماعي بمعنى أن هدفه وغايته يفترض أنها لحماية مصلحة الجماعة، ولا مبرر لتوقيع عقوبة جنائية على الفرد إلا إذا كان ذلك لمصلحة الجماعة وأمنها وسلامتها لا لمصلحة نظام سياسي معين أيما كانت صفته أو شعاراته .

ومع ذلك، فهناك أمران لا بد من الإشارة إليهما :

الأول : أن الشريعة الإلهية عندما تفرض أحكاماً تشريعية، سواء كانت جنائية أم لا، إنما يكون مقصدها من ذلك هو مصلحة الجماعة ... لا مصلحة "الدولة" ونظامها السياسي، لأن الدولة ليست هي الجماعة ولا الأمة، وإن ادعت أنها تمثلها .

يمكننا القول بأن الأحكام الشرعية كلها، بما فيها ما يفرض عقوبات جنائية، إذا وصفت بأنها تشريع إلهي فإن ذلك لا يعني أنها ليست تشريعاً اجتماعياً لمصلحة الجماعة، وإن وصفت بأنها أحكام دينية .

لذلك لا نرى مسوغاً للإشارة إلى ما يُعَدُّه "جرائم ذات الأساس الديني" أو ما يسميه "جرائم دينية"، لأن جميع الجرائم والعقوبات في شريعتنا هي اجتماعية لصالح المجتمع - وهي كذلك يمكن أن توصف بأنها كلها دينية لأن أحكامها مستمدة من شريعتنا الدينية ومنسوبة إلى مصادرها الإلهية .

وقد سبق أن قلنا إن فرض عقوبات مقدرة على مرتكبي بعض الأفعال يرجع إلى خطورتها على المجتمع وتهديدها لأركانه الأساسية، ولذلك فلا نوافق على وصفها بأنها مقررّة لصالح "النظام الإسلامي" دون غيره، ولا مبرر لقياسها على ما تقرضه الدول الشيوعية أو غيرها لحماية نظامها السياسي ... أو نظام الدولة - فالدولة شيء والمجتمع شيء آخر .

كل ما هنالك أنه يلاحظ أن بعض الجرائم الخطيرة على أمن الجماعة حددت لها النصوص الشرعية عقوباتها، وفرضتها كلما توافرت شروط تسوُّغ تلك العقوبات التي توصف بأنها حدود أو قصاص. ولهذا السبب، يرى هو عدّها دينية. لكن ليس معنى ذلك أنها ليست اجتماعية، وإذا كان لها أساس ديني فليس معنى ذلك أن الجرائم الأخرى ليس لها هذا الأساس.

فيما يخص "الأساس الديني"، فنحن نرى أنه يتوافق في جميع العقوبات الشرعية التي تجزئها الشريعة حتى ولو كانت تعازير. كل ما هنالك أنها سميت كذلك ولم تفرض لها حدود أو عقوبات مقدرة لأن مصلحة الجماعة تستوجب أن يكون الهدف الأول من فرضها هو للتأديب والتهذيب، وأن تترك تقدير ما يلزم لذلك لاجتهاد الفقه والقضاء، في حين أن العقوبات الحدية أو القصاص غرضها الأول هو الزجر والتخويف، وهو لمصلحة الجماعة كما أن التأديب والتهذيب لمصلحتها أيضاً، كل ما هنالك أن هذا المقصد الشرعي الأخير رأى الشارع الحكيم أنه من الأولى أن يترك للقاضي أو أولياء الأمر قدراً أكبر من الحرية والمرونة ليحدد الجرائم والعقوبات حسبما تقتضيه ظروف الزمان والمكان وظروف الشخص الذي ارتكب الفعل. وهذه السلطة التقديرية التي فوضها المشرع الإلهي لأولى الأمر من مجتهدين وقضاة لا تغير طبيعة الجريمة ولا العقوبة بحسبها ضرورة لصالح المجتمع، بل ولا تقطع صلتها بالمصدر الإلهي للشريعة، لأن أولى الأمر إنما يستمدون ولايتهم وتقديرهم للجريمة والجزاء في هذا الصدد من المصادر أو النصوص الدينية ذاتها وما ينشأ عنها من نظريات تشريعية، فلا يجوز في نظرنا أن يكون ذلك مسوغاً لوصفها بأنها ليست ذات أساس ديني.

إننا لانقر القول بأن جرائم الحدود والقصاص هي وحدها جرائم دينية، أو أنها هي التي قررت لمصلحة ما يسميه "النظام الإسلامى"، ونفضل الإشارة إلى "المجتمع الإسلامى، - لأن التعازير هي أيضا لمصلحة هذا المجتمع الإنسانى العادل الذى سُنَّت أحكام شريعتنا كلها لصالحه مهما اختلفت صور نطاقه أو تنوعت .

إن تسامح شريعتنا مع الأديان الأخرى التى يدخل معتقوها فى المجتمع الإسلامى اقتضى إعفاءهم من العقاب على أفعال يعاقب عليها المسلم، وهو ميزة لشريعتنا التى جعلت المجتمع الإسلامى مفتوحا للديانات الأخرى ومتعدد الأديان. وكل ما اختصت به أصحاب الديانات الأخرى هو امتيازات لصالحهم بإعفائهم من الأحكام الجنائية التى تتعارض مع عقيدتهم؛ وذلك لا يحتاج فى تسويغه إلى قياس مبادئنا على النظم السياسية الرضعية التى أشار إليها .

مرة أخرى، لا بد أن نشير إلى أننا نفضل عدم استخدام اصطلاح "ولى الأمر" - الذى يفهم منه البعض أنه "رئيس الدولة" - لأننا قلنا إن المقصود بأولياء الأمر فى كل ما يتعلق بالشريعة هم المجتهدون والقضاة المجتهدون أيضا، ولذلك فقد سبق أن قلنا إن العفو بجميع صورته هو من اختصاص المجلس الأعلى للقضاء أو للفقهاء. وإذا كان الأمر يصدر بتوقيع رئيس الدولة، فلا يكون ذلك إلا بناء على قرار هذا المجلس بحسبانه منفذا للقرار القضائى أو الاجتهادى .

إن رئيس الدولة فى عصرنا له دور رمزى يمثل وحدة الأمة، ولكن ليس معنى ذلك أن يمارس سلطة شاملة تجمع الاختصاصات التشريعية مع الشئون السياسية والتنفيذية أو القضائية، ويجب توزيع هذه الاختصاصات والفصل بين السلطات لمنع الحكم الشمولى الذى يؤدى إلى الطغيان والجور .

٢٤٥- هل تفرق الشريعة في العقوبة بين المسلم وغير المسلم؟

القاعدة في الشريعة أن من ارتكب جريمة عوقب بالعقوبة المقررة لها. وإذا كانت الشريعة تحرم الفعل على فئة دون فئة للأسباب التي بينها فيما سبق، فإن الشريعة لا تخص فئة بعقوبة دون فئة.

والعقوبات في الحدود مقدرة، أي عقوبات ذات حد واحد لا تزيد ولا تنقص، وليس للقاضي أن يستبدل بها عقوبات أخرى. والعقوبات في جرائم القصاص مقدرة أيضاً، ولكن يصح أن تستبدل بها عقوبات أخرى إذا عفا المجني عليه أو وليه، أو كان مانع شرعى من العقوبة، وليس للقاضي حق الاستبدال، وعليه أن يطبق العقوبة الأصلية إذا لم يكن مانع أو عفو، فإن كان أحدهما طبق العقوبة البديلة. أما عقوبات التعزير، فهي ذات حدين غالباً، وتقدير العقوبة متروك للقاضي-٤٠٣- يترل بالعقوبة إلى حدها الأدنى، أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى، بحسب ما يرى من ظروف الجريمة وظروف الجاني.

وظاهر مما سبق أن طبيعة العقوبات في الشريعة لا تسمح بالتفريق في العقوبة بين فرد وفرد، ولا مسلم وغير مسلم، وأن لكل جريمة عقوبتها، فمن ارتكب جريمة استحق عقوبتها سواء كان مسلماً أو غير مسلم.

لكن هناك جرائم اختلف فيها الفقهاء على الشروط التي يجب توافرها في الجاني أو المجني عليه، ليستحق الجاني العقوبة المقررة لهذه الجرائم. وهذا الخلاف قد يدعو غير الملزم بالشريعة أو بأحكام المذاهب المختلفة إلى الظن بأن الشريعة تفرق في العقوبة بين المسلم وغير المسلم. والجرائم اختلف عليها هي على وجه التحديد ثلاث: القتل العمد، والزنا، والقذف.

فأما القتل العمد، فعقوبته في الشريعة هي القصاص، ولكن مالكا والشافعي وأحمد لا يميزون القصاص من المسلم إذا قتل الذمي، وحجتهم ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ألا لا يقتل مسلم بكافر". أما أبو حنيفة فيرى القصاص من المسلم إذا قتل الذمي؛ لأنه يفسر لفظ الكافر بأنه من لا عهد له-٤٠٤- فلا ينطبق على الذمي لأنه

التعليق "رقم-٤٠٣-": فيختار ما يكون رادعاً للمجرم عن العود إلى جرمته ومانعاً لغيره من اقتفاء أثره.

وأما في تعليق "رقم-٤٠٣-": أن الذي يختار في عصرنا الحالي هو المقتن، أي أهل الاجتهاد. التعليق "رقم-٤٠٤-": هذا التفسير مخالف لإطلاق الرواية ولا ينافي عدم قتل المسلم بالكافر بالمساواة المدعاة، لأن الكافر لا يحق له السكنى في بلد المسلمين ولا طلب الحماية منهم إلا بعد الالتزام بشرائط الذمة وأحكام الإسلام، ومن جهتها أن المسلمين يحافظون على حياته ويؤدبون قتله ويأخذون منه الدية ولكن لا يقتلون قتله إذا كان مسلماً. ولما كان قد أقدم على السكنى في بلاد المسلمين ملتزماً بجميع ما ذكرنا مختاراً غير مجبر عليه، فليس له الحق في أن يطالب بالقصاص من قتله إذا كان مسلماً.

وأما في تعليق "رقم-٤٠٤-": لانهوافق على اعتراضه على مذهب أبي حنيفة الذي أبده فقيها في الصلح، لأنه يتفق مع المساواة في الإنسية، وهي أصل عام في شريعتنا.

عُرِدَ ذو عهد، ويتمسك بعموم النص الذي جعل القصاص عقوبة لكل قتل. فالخلاف بين الفقهاء هنا هو خلاف في تفسير نص، ولاشك في أن التفسير الذي يسوى بين المسلم والذمي هو التفسير الذي يستقيم مع عموم النص-٤٠٥- ومع التسوية بين الاثنين في الجرائم عامة.

وفي الزنا لاخلاف على عقاب الزاني غير المحصن. فالمسلم غير المحصن والذمي غير المحصن عقوبتهما واحدة وهي الجلد، ولكن الفقهاء اختلفوا في الزاني المحصن، فرأى أبو حنيفة أن الذمي لا يمكن أن يعاقب بالرجم وهو العقوبة المقررة للزاني المحصن، وحجته أن من شروط الإحصان الإسلام فلا يمكن غد الذمي محصناً؛ ولذلك فعقوبته في كل الأحوال الجلد. أما المسلم المحصن فعقوبته الرجم. ورأى مالك والشافعي وأحمد أن الإسلام ليس شرطاً في الإحصان-٤٠٦-، ومن ثم فالذمي المحصن يعاقب عندهم بالرجم كالمسلم. فالخلاف بين الفريقين أساسه تفسير لفظ الإحصان. والقذف من أركانه الإحصان لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤]، فإذا فسر لفظ الإحصان على أن من شروطه الإسلام ترتب على هذا التفسير-٤٠٧- أن يعاقب قاذف المسلم بعقوبة الحد وهي الجلد ثمانين جلدة، ويعاقب قاذف الذمي بالتعزير، والتعزير قد يكون جلداً أو حبساً أو غير ذلك، وقد يكون أخف من عقوبة الحد وقد يكون أنكى منها-٤٠٨-.

الصلير تعليق "رقم-٤٠٥-": لابد من رفع اليد عن عموم مادل على الاقتصار بالخبر المذكور ونظائره لكونها أخص منه فتكون مفسرة له وتخصيصه بغير المسلم إذا قتل الكافر ولا يصح رفع اليد عن ظاهره للمحافظة على عموم العام.

ولكن هذه الأدلة الخاصة بأنه لا يقتل مسلم بكافر أيضاً مخصصة بما إذا لم يعتد قتل أهل الدمة وإلا فيقتل كما يذهب إلى ذلك فقهاء المذهب الجعفرى، ويستدلون في ذلك إلى رواية إسماعيل بن الفضل عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) الحاكمة بوجوب قتل من يعتاد قتل أهل الدمة.

الشاوي رأينا في تعليق "رقم-٤٠٥-": يراجع رأينا على التعليق السابق.
الصلير تعليق "رقم-٤٠٦-": وإلى هذا الرأي ذهب لفقهاء المذهب الجعفرى لعدم دليل على اشتراط الإحصان بالإسلام.

الصلير تعليق "رقم-٤٠٧-": بل وحتى لو أنكروا كون الإسلام من شروط الإحصان، فلا يحد من يقذف كافراً، لخبر إسماعيل بن الفضل عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) وغيره من الأخبار.
الشاوي رأينا على "التعليقين-٤٠٦-،-٤٠٧-": تراجع الحاشية.

الصلير تعليق "رقم-٤٠٨-": الذى يذهب إليه كثير من علماء المسلمين أن التعزير ينغى ألا يصل إلى مقدار الحد.

وظاهر من مقارنة النتائج في هذه الجرائم الثلاث أن الأمر لايسير على هُج واحد، ولاينتهي بنتائج واحدة. فإذا كانت النتيجة في القتل تخفيف عقوبة المسلم، فقد كانت في الزنا تخفيف عقوبة الذمي-٤٠٩-، وتشديد عقوبة المسلم. أما في القذف فقد تكون النتيجة في صالح الذمي وقد تكون ضده-٤١٠-. وهذه النتائج التي تنتهي إليها آراء الفقهاء تكفي بذاتها لدفع مايمكن أن يظن من أن الشريعة تميز المسلم على غير المسلم في العقوبة، كما أن هذه النتائج تؤيد ماقلناه: من أن المسألة ترجع إلى تفسير النصوص والاختلاف على فهمها، ولاترجع إلى أن الشريعة تميز فريقا على فريق.

٢٤٦- مبدأ الشريعة في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص :- ويتضح مما سبق أن نصوص الشريعة تسرى على كل الأشخاص، ولايعفى منها أى شخص مهما كان مركزه أو ماله أو جاهه أو صفاته، وأن الشريعة تطبق مبدأ المساواة إلى آخر حدوده ولاتسمح بتمييز شخص على شخص، أو هيئة على هيئة، أو فريق على فريق. هذه هي نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية، وهذا هو تطبيقها في سريان النصوص الجنائية. ولاشك في أن الشريعة أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية في هذا الوجه، فالقوانين على مااستحدث لها من نظريات لانزال أدنى مستوى من الشريعة، ويستطيع كل منصف بعد هذه المقارنة التي عقدناها أن يقول : إن نظرية المساواة بلغت في الشريعة درجة الكمال المطلق، ولكنها في القانون لانزال كالطفل الذي يحسن أن يحبو ولايستطيع أن يقف على قدميه .

تعليق "رقم-٤٠٩-": مر عليك سابقا النظر في ذلك .
تعليق "رقم-٤١٠-": بناءً على إمكان أن يكون التعزير بقدر الحد وأقل وأكثر، وقد تقدم الكلام في ذلك قريبا .
رأينا على التعليقين-٤٠٩-، -٤١٠-،: تراجع الحاشية .

إشارته إلى اختلافات الفقهاء بشأن تطبيق العقوبات توجب علينا أن نرجح الرأي الذى يسوى بين جميع البشر فيما يتعلق بالعقوبات سواء الحدود أو التعازير، تطبيقاً لمبدأ المساواة الإنسانية الذى ختم بحته بتأكيد أن الشريعة تطبقه إلى آخر الحدود، وأما لذلك بلغت درجة من الكمال المطلق، فلا يجوز التفرقة بين الأفراد في مقدارها بسبب انتمائهم للإسلام؛ فإن رسولنا (ﷺ) عندما اعترض البعض على وقوفه احتراماً لجنازة يهودى، قال لهم "أليست نفساً؟" ... ومعنى ذلك أن الحقوق الإنسانية مقررة للناس كافة بحكم إنسانيتهم ولها حرمة لجميع النفوس دون استثناء .

وما أورده من آراء ترجح التفرقة بين المسلم وغير المسلم فيما يتعلق ببعض الحدود أو القصاص - (القتل العمد - الزنا - القذف) فنحن نرجح الرأي - المنسوب لأبي حنيفة كما أشرنا من قبل، لأنه هو الذى يطبق مبدأ المساواة الإنسانية كما بينا من قبل .

ونؤيد في النهاية ما قاله بنفى أى ادعاء بتمييز المسلم على غير المسلم في العقوبات أو الحدود - ونرى أن هذا المبدأ يوجب استبعاد أى رأى يخل بالمساواة حتى ولو كان فقيهاً أو غيره من الفقهاء يرجحه .

كما نؤيد ما ختم به هذا الفصل قائلاً إن الشريعة تطبق مبدأ المساواة إلى آخر مدى لها، وقوله إن نظرية المساواة بلغت في شريعتنا درجة الكمال المطلق - ونتمنى أن يتخذ القارئ ثمراساً وأساساً للترجيح بين آراء الفقهاء في أى مسألة من مسائل التشريع الجنائي ...

ومن جانبنا فإننا نلتزم بذلك ... ولا نرى داعياً للإفاضة في الأسباب التي نتخذ أساساً للتفرقة .

على أننا نرجح في كثير من الأحيان تضييق نطاق العقوبات المقررة حدّاً أو قصاصاً - ولذلك فإن القول بعدم توقيع القصاص أو الحد لأى سبب معقول يكون راجحاً في نظرنا حتى ولو كان استثناءً على مبدأ المساواة .

بحث إضافي
للدكتور / توفيق الشاوي

الأصول الشرعية تلى المصادر في الأهمية
ودورها في تجديد الفقه عمومها والفقه الجنائي خاصة
وأساسها عالمية الرسالة الخاتمة وشمولها

(فهرس)

- (1) الأصول الشرعية .
- (2) أحكام الفروع كلها تلتزم بالأصول الشرعية (بما فيها أصول الفقه).
- (3) عبد القادر عوده سماها "نظريات شرعية" .
- (4) التدرج من العقائد إلى الأصول ثم الفروع .
- (5) تشريعنا ليس قانونا، بل هو علم وفقه ينبع من العقيدة ويتفرع عنها .
- (6) تشريعنا الجنائي محوره الحساب والجزاء العادل والكامل في الآخرة .
- (7) أول الأصول الشرعية هي وحدة الدين السماوي وأن رسالتنا هي الخاتمة .
- (8) الرسالة الخاتمة أهم خصائصها أنها للناس كافة وأنها شاملة لشئون الدنيا والآخرة .
- (9) أهمية ختم الرسالة عند شاعرنا إقبال .
- (10) معنى ختم الرسالة أن الإنسانية أعدت لتبلغ رشدها، ولذلك شرع الله لنا الاجتهاد والإجماع كمصدرين من مصادر الفقه في شريعتنا .
- (11) الفصل بين الدين والدولة تحريف في عقيدتنا وليس مجرد موقف سياسي .
- (12) تشريعنا الجنائي قانون للتربة لا للعقوبات .
- (13) تشريع التوبة أغنانا عن الجدل حول الجبر وحرية الاختيار .
- (14) احتفالنا بختم الرسالة .

1 الأصول الشرعية :

أ - إن علم أصول الفقه هو جزء لا يتجزأ من الفقه. وإذا كان قد ظهر متأخراً عن "علم الفروع"، فذلك لأن الفروع كانت في بداية الأمر كافية لبداء الحركة الفقهية ونموها. وقد ظهر علم أصول الفقه بعد ذلك بقصد إعطاء الفقه مرونة وحيوية واتساعاً وخاصة لاستنباط الأحكام التي لم يرد فيها نص .

ب - وبرغم أن علم الأصول ظهر متأخراً، فإنها حسب اسمها هي "الأصول"، أى أنه لا يمكن تطبيق الأحكام الشرعية بدون الاستناد إلى "الأصول الشرعية" .

وهذا في نظرنا لا يقتصر فقط على الأحكام الفرعية التي لم يرد بها نص صريح [وهى الأغلبية والأكثرية] إلا أن ذلك ينطبق قبل ذلك على الأحكام الفرعية التي ورد بها نص واضح وهى [قلة الأقلية] وإن بدا في نظر البعض أنها مستقلة عن الأصول .

ج - في الحقيقة، فإن علم أصول الفقه طبق أولاً على هذه الأحكام واستنبط من أجلها، ثم بعد ذلك لجأنا إليه لوضع شروط تطبيق النصوص الشرعية ولاستنباط الأحكام التي استحدثت دون أن يكون لها نص شرعى يرجع إليه، وهنا كان لا بد من التوسع فيها وتمييزها، فظهرت أهمية المقاصد الشرعية والمبادئ العامة والقواعد الفقهية .

الأصول تساعدنا في استنباط الأحكام المستحدثة من النصوص والمبادئ الشرعية العامة التي ترشدنا إليها "الأحكام التكليفية" والمبادئ الدينية والأخلاقية والعقائد فوق كل ذلك.

د - ولذلك فإن أحكام شريعتنا جميعها لا يمكن فصلها مطلقاً عن مبادئ الأخلاق والقيم الدينية والعقيدية، وهذه من أهم الخصائص المميزة لفقهننا وشريعتنا بسبب مصادرها السماوية وطبيعتها الدينية .

2 جميع الأحكام الفرعية ملتزمة بالأصول الشرعية بما فيها أصول الفقه التي

هي جزء منها :

أ الأصل في نظرنا أن جميع الأحكام التفصيلية لا بد أن تكون محكومة بالمبادئ الأصولية الشرعية التي كانت بدايتها "علم أصول الفقه"، وهو ليس إلا مجرد بداية أدت إلى التعمق في مقاصد الشريعة ومبادئها العامة .

ولذلك، فإنه لا يجوز أن يفهم أن أحكام الفروع مستقلة أو منفصلة عن الأصول الشرعية إذا كانت مقروضة بنص صريح في الكتاب أو السنة الصحيحة، لأنه لا بد من استنباط شروط تطبيق كل حكم فرعي ورد به نص صريح واضح .

ب وإذا كان البعض يرجع إلى النصوص التي تقرر أحكاما فرعية مكتفيا بذلك، فقد كانت تلك مرحلة مؤقتة لا يمكن استمرارها بعد فتح باب علم الأصول. ولذلك رجع الفقهاء إلى أصول الفقه عندما اقتضت الظروف التوسع في الأحكام الفرعية وخاصة في المجالات التي لا توجد فيها نصوص خاصة بها .

ج في حالة وجود نص يقرر حكما شرعيا، فإنه حتى في هذه الحالة لا يمكن أن يطبق هذا النص دون الرجوع إلى أصول الفقه ومصادره العامة ومقاصد الشريعة ومبادئها التي تستمد منها أصول الشريعة ونظرياتها العامة التي تعين الفقهاء والأئمة على استنباط شروط تطبيق كل نص ولو كان واضحا وصريحا .

إن الرجوع إلى المصادر العامة كان هدف أصول الفقه، وهي الأحكام التي استنبطها الفقهاء لتحكم عملية استنباط الأحكام من النصوص الشرعية ولكنها لا تغني عن "الأصول الشرعية" والنظريات العامة .

د النصوص السماوية التي تُستمد منها الأحكام الشرعية ليست هي فقط النصوص التي تقرر حكما فرعيا، بل إن الأصول الشرعية والنظريات التشريعية تقيمن عليها .

فالأمير مجلد الزاني أو القاذف، أو قطع يد السارق، هي أحكام شرعية فرعية ورد بها نص صريح، لكن تطبيقها يكون في إطار الأصول الشرعية بما فيها أصول الفقه . وبرغم أن فقهاءنا طبقوا هذه النصوص تطبيقا مباشرا بحسبانها "نصا ملزما" في الحكم واجب الاتباع، فإن الحقيقة أنه لا يجوز ولا يمكن تطبيقه إلا بالرجوع إلى المصدر السماوي عن طريق أحكام الأصول وقواعدها ومبادئها . فالأصول دائما تحكم الفروع حتى ولو بدا في نظر البعض أنها كافية بذاتها وواضحة في مفهومها .

إن أي اتجاه لفصل الأصول عن الفروع أو الفروع عن الأصول هو وهم خاطئ يجب استبعاده تماما، وإن إعطاء الأصول اسم "علم الأصول" ليعمير عن "علم الفروع" هو مجرد عملية مدرسية قصد بها الإشارة إلى تأخر البحث في علم الأصول إلى وقت متأخر نتيجة لنمو الفقه ذاته وتأصله لتكون أحكامه متصلة دائما بالمصادر الشرعية، ولا يكون ذلك إلا عن طريق أصول الفقه والأصول الشرعية والنظريات التشريعية .

3 عبد القادر عوده سماها "نظريات شرعية" ونحن نَعُدُّها "أصول الشرعية" .

لقد ظهر في بعض المجلات العلمية حوار جاد وجدال حول موضوع تجديد "علم أصول الفقه" .

ولى في ذلك كلمة لا بد من أن أسجلها .

إن تجديد أصول الفقه وتوسيعها قد بدأ فعلاً منذ بدأت النهضة الفقهية في العصر الحديث .

وفي رأي أن عبد القادر عوده قد فتح باباً واسعاً من أبواب تجديد الأصول وتوسع نطاقها والاجتهاد في إطارها بما كتبه عن النظريات الشرعية .

والصحيح أنه التزم في كتابه بالاصطلاحات العصرية، ولذلك سَمَّى هذه الأصول الشرعية "نظريات شرعية" . وأورد نماذج من هذه "النظريات" في التمهيد لدراسته في كتاب التشريع الجنائي .

وقد أشرت في حاشيتي إلى أنني أوافق على استعمال المصطلحات العصرية (الوضعية) في المرحلة الانتقالية الحاضرة من القوانين الوضعية إلى الفقه الإسلامي الذي أصرُّ على أن يكون مستقلاً ومتميزاً عن النظم الحالية الوضعية، وإذا كان لا بد من الاندماج فإن فقهاء هو الذي يستوعبها وليست هي التي تذيبه وتدخله في نطاقها .

ولذلك حذرت من المغالاة في استعمال هذه المصطلحات العصرية . والآن أعلن أنني أفضل تسمية هذه "النظريات الشرعية" بأنها "الأصول الشرعية" .

وبذلك تكون هذه الأصول هي صورة أخرى مكملة لعلم أصول الفقه، بل إنني أعتقد أنها هي الأصل وأن أصول الفقه هي التي تُصَمِّمُ إليها .

فلا يجوز في نظري مطلقاً الفصل بين ما عرفه أسلافنا بأنه أصول الفقه عن هذه الأصول الشرعية، لأن هذه الأصول أو النظريات هي الحاكمة على علم الأصول وعلم الفروع معاً، وهي الجامعة بينهما .

4 التدرج يبدأ بالعقائد أولا ثم الأصول ثم الفروع :

إن شريعتنا تتميز بكمالها، وهذا الكمال ناتج عن أنها لا تفصل بين العقائد والقيم الأخلاقية والأصول الشرعية للفقهاء (بما فيها علم الأصول) والأحكام الفرعية بعد ذلك .
إننا لا نقبل مطلقا فصل أى علم من هذه العلوم عن الآخر ولا استقلاله عنه. وفضلا عن ذلك، فهناك تدرج تنازلى فى ترتيبها .

أ فالأصل الأصول هو العقيدة والمبادئ الدينية التى نَعُدُّها نحن أصولا شرعية لجميع فروع الفقه، ولا يمكن تطبيق أو استنباط أحكام الفقه إلا فى إطارها وعلى أساسها .

ب أهم من ذلك أن هذا المبدأ التدرجى يشمل أيضا الأحكام الفرعية المنصوص عليها صراحة فى الكتاب أو السنة الصحيحة. ووجود النص ووضوحه لا يبرر مطلقا تجاهل ما تقتضى به ما سماه فقيدنا " النظريات الشرعية " التى نسميها نحن أصولا شرعية .

ج فالأصول الشرعية (التي تشمل المبادئ العامة والقيم الأساسية الدينية والأخلاقية) تأتى مباشرة فى الترتيب بعد العقائد، ولذلك تحكم كل ما هو دونها من فروع الفقه والأحكام التفصيلية وهيمن عليه ولا يمكن ولا يجوز أن تطبق منفصلة عنها .

هذا هو الترتيب الذى نراه وننبه إليه. وأهم منه وجوب التلازم وعدم الانفصال بين جميع هذه الطبقات الثلاث وعدم فصل أحدها عن الآخر، لأن هذا الفصل مهما تكن أسبابه فقد يؤدى إلى ما يحذر منه فقهاؤنا وما يؤكدونه دائما من استقرار أئمتنا على إذانة الدين يؤمنون ببعض الكتاب ويكفرون بالآخر. فالكتاب والشرعة كلها وحدة واحدة، وكل ما يقال عن تقسيمات وتفريعات داخلية إنما هى عملية مدرسية لتسهيل البحث والحوار.

فى حاشيتنا قلنا إن بحث مصادر التشريع يدخل فى نطاق علم الأصول، ومع ذلك فقد توسع فقيها فيها ولم نشأ التوسع فى عرض رأينا فى ذلك الموضع، وقصدنا من ذلك تحديد نطاق البحث فى دراسة الأحكام الجنائية تسهيلا لمهمة الباحث .

- والآن لا بد أن نذكر القارئ بوجهة نظرنا فيما يتعلق بالأصول الشرعية وعلاقتها بأصول الفقه وعلاقتها معا بالمصادر الشرعية فى القمة وبالأحكام الشرعية الفرعية التى تستنبط من خلالها بعد ذلك .

- إن شريعتنا تتميز بأنها علم وفقه، وليست مجرد نصوص كالقوانين الوضعية .

5 تشریعنا علم وفقه وليس قانونا :

- لقد أعجبنى أن عبد القادر عوده قد اختار لعنوان كتابه اسم التشريع الجنائي الإسلامي، فلم يستعمل كلمة القانون الجنائي .
- وأنا أعُدُّ ذلك لحة عبقرية .
- وعلى كل، فإننى فضلت عنوان "الفقه الجنائي" .
- إننى أكدت فيما مضى مرارا على أن شريعتنا لا يجوز وصفها بأنها قانون - كما يصفها بعض المستشرقين وتلاميذهم وكثير من المعاصرين - مجرد أنها في نظرهم هي البديل الإسلامي لقوانينهم .
- صحيح أنها بديل في نظرنا، ولكنها بديل جوهري متميز يختلف في طبيعته وجوهره عن "القوانين" من أى نوع كان .
- لذلك أحسن عبد القادر عوده بأن استعمل كلمة تشريع ولم يستعمل كلمة القانون .
- وقد قلت أكثر من ذلك: إن التشريع الذى نطبقه ونقننه هو "فقه"، وكلمة فقه تعنى العلم، لكنه في نظرنا علم ينبع ويستمد خصائصه وحيويته من العقيدة السمحاء، عقيدة التوحيد والحساب في اليوم الآخر، ولها أهميتها في تميز فقهنا الجنائي عن القوانين الوضعية .
- إن من أهم عقائد الإسلام عقيدة البعث والنشور والحساب أمام الله يوم القيامة .
- ويكفى مراجعة آيات الكتاب الكريم لتعلم أن الإيمان بالله متلازم مع الإيمان باليوم الآخر (سورة البقرة وما بعدها) ...

6 تشريعنا الجنائي محوره الحساب والجزاء العادل والكامل فى الآخرة .

- فى نظرى أن عقيدة البعث والنشور والحساب يوم القيامة هى جوهر التشريع الجنائى الإسلامى، ودراسته ونظمه وأحكامه ومبادئه وأصوله (وفلسفته كما يقولون) كلها نابعة ومحكومة بهذه العقيدة وهذا الإيمان بالله واليوم الآخر .
- وتشريعنا وفقهنا فى جميع فروعہ - محوره هذه العقيدة. وهذا أظهر وألزم وأوضح فى الفقه الجنائى أكثر من غيره من فروع الفقه .
- وهذا هو ما يميزه عن "القوانين" التى تعرفها الحضارات الأخرى، أو الديانات الأخرى .
- وهنا يجب أن نشير إلى أن من أهم أصول عقيدتنا وشريعنا وحدة الدين السماوى، وأن رسالة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم هى الخاتمة، ولكل من هذين المبدأين أهميته فى فقهنا.

7 وحدة الدين السبائي وختم الرسالة من أقيم عقائدها وأصول شريعتها :
 صحيح أن دين الله الذي جاء به جميع الرسل واحد هو الإسلام لله والإيمان به، لكن رسالة الإسلام تميزت بأنها خاتم الرسالات .
 ومعنى ذلك أن الله جعلها بداية مرحلة إنسانية جديدة ينقطع فيها الوحي، وتلتزم الإنسانية بأن تطبق شريعتها بحسب ما يصل له اجتهادها وإجماعها من "فقه" دون اتصال بخبر السماء أو الوحي، ودون حاجة لرسل آخرين .
 ثم إن كلمة فقه تعنى احتمال الصواب أو الخطأ .
 ولذلك، فإن التعدد تعدد الآراء والمذاهب - مرتبط بمحققة الفقه الذي شرعه الله لنا. فيقدر ما تؤكد على وحدة الشريعة الكاملة المتكاملة لا بد أن نذكر أنه يقابلها في شريعتنا التعدد في الفقه: مذاهبه وآرائه، بل وأحكامه أيضا .
 فالأحكام ليست واحدة، بل متنوعة ومختلفة، وكلها صحيحة طالما أنها كلها مستنبطة من المصادر الشرعية والأصول الشرعية .
 ولا تعارض في شريعتنا بين تعدد الأحكام واختلافها، وبين وحدة الدين والعقيدة والشريعة الكاملة المتكاملة الخاتمة .

إن وحدة الدين السماوي أمر أساسي في عقيدتنا، وقد أكدها القرآن في مواضع عديدة، وأمرنا بأن نعلن إيماننا بما جاء به الرسل جميعاً دون تمييز بينهم .
 لكن تعدد الرسالات كان له في نظري سبب قدره الله، وهو في رأي اتجاهها جميعاً إلى التدرج وإعداد الإنسانية للرسالة الخاتمة .

صحيح أن الدين عند الله الإسلام منذ عهد آدم ونوح ومن بعدهم من الرسل والأنبياء، لكن الإسلام الواحد كان ينمو ويتقدم في طبيعته وأحكامه لحكمة قدرها الله وأرادها .

وواجبنا أن نبحث ونعرف ما يميز كلا من هذه الرسالات، وأهم من ذلك ما يمتاز به الرسالة الخاتمة عن سابقتها .

ولئى رأى فى ذلك أحب أن أعرضه .

ليس الأمر مجرد تكرار، بل كان هناك تدرج وتجديد وتصحيح للانحرافات التي يُدخلها بعض الأقوام في دينهم، وتقدم الرسالة نحو الخاتمة التي أعد الله عالمنا لها . ولذلك، فإن كثيراً من معتنقى الرسالات السابقة سارعوا إلى الإيمان بها لأنها في نظرهم هدتهم إلى أن يظهروا دياناتهم من كثير من الانحرافات التي أدخلت على عقائدها وتعاليمها، وهؤلاء هم الذين يسمون الآن مسلمين، وهم المسيحيون واليهود الحقيقيون الذين آمنوا بالرسالة الخاتمة .

لقد كان إيمانهم نتيجة اقتناع حر بعد أن قرر الإسلام مبدأ ألا إكراه في الدين . وكان إسلامهم نتيجة هذا المبدأ . لذلك بقى المجتمع الإسلامى مدة طويلة يضم أغلبية من أصحاب الديانات السابقة الذين أسلموا تدرجياً وبحرية كاملة بعد أن ضمن لهم الإسلام بقاءهم على عقائد لا تقرها الرسالة الخاتمة، وحماهم من الإكراه في الدين . لذلك، فإن الأغلبية غير المسلمة تناقصت بسبب اعتناق كثير من أصحاب الديانات السابقة للإسلام بحرية واقتناع، لا بالسيف كما يدعى أعداؤنا .

بعد مدة بقي من غير المسلمين أقليات من أتباع الديانات السابقة تعيش في حرية دينية كاملة، ولكنهم اتجهوا إلى مواصلة صراعاتهم الداخلية حتى زاد عدد هذه الطوائف وزادت الخلافات بينها في منطقتنا بصورة لا مثيل لها في أي مجتمع آخر .

ومما يؤسف له أن الغزاة المستعمرين عندما تغلبوا على بعض أوطاننا، استغلوا بعض أتباع تلك الطوائف لينحازوا إليهم ويخونوا الأمة التي أمنتهم ومنحتهم حرية دينية لم يجدوها في أي مجتمع آخر . وقد عبرنا بعض المعتدين على بلادنا، وما زالوا حتى الآن يعبروننا بأن مجتمعنا متعدد الطوائف، وأنه فسيفساء أو "موزاييك" من الطوائف، ويعيون علينا أننا لم نظهره من الأقليات المتعددة المختلفة كما تفعل بعض مجتمعاتهم التي تسير على إبادة الأقليات رافعة شعار "التطهير العرقي" الذي ما زالت الإنسانية تقاومه حتى الآن .

وإذا كانت الدول الديمقراطية تعلن رفضها للتطهير العرقي الذي تتخذه بعض النظم شعارا لإبادة الشعوب أو الأقليات التي تريد الاستيلاء على أرضها، فسبب ذلك الرفض أنهم يريدون أن تكون الإبادة سلاحا محكوما ويختص به حلفاؤهم الصهاينة والإسرائيليون الذين تقوم حركتهم على الإبادة الشعبية لعرب فلسطين، ولا يريدون أن تتمتع بهذا الامتياز دول حليفة لروسيا .

ومن ناحية أخرى، فإن رفضهم للتطهير العرقي في بعض المناطق دون غيرها سببه أيضا أنهم يبيعون للقوى الاستعمارية ممارسة سياسة "التطهير الديني" ضد المسلمين عن طريق فرض حكام مستبدين أو عسكريين يفرضون عليهم ما يسمونه العلمانية وقصل الدين عن الدولة، ويظنون أنهم نجحوا في ذلك في تركيا وأهم في الطريق إلى النجاح في أقطار أخرى مجاورة لتركيا أو بعيدة عنها، وهم بذلك يطبقون خططهم لما يسمونه التطهير الديني وإن كانوا ينضمون إلى من يعارضون التطهير العرقي في بعض المناطق، برغم أنهم يشجعونه ويؤيدونه في فلسطين

8 أولى خصائص الرسالة الجامعة أنها عالمية وشاملة لأُمور الدنيا والآخرة :

من المعروف في فقهِها أن أولى خصائص الرسالة الجامعة أنها للناس كافة، وهذا مبدأ أساسي يميزها عن الرسالات السابقة .

فالرسل السابقون كانوا يدعون "قومهم"، وقد تكررت في القرآن الإشارة إلى قوم كل رسول ممن حدثنا عنهم القرآن .

أهم من ذلك أن شريعتنا تتميز بالعموم والشمول، فهي لا تكتفى بالعقيدة الإلهية، ولا بأحكام تفصيلية معينة محدودة يفرضها الله على قوم معينين حسبما تستلزمها ظروف زمانهم ومكانهم كما كان الشأن في الرسالات السابقة .

بل إن شريعتنا تعني أولاً بتقرير المبادئ والأصول الشرعية الشاملة لكل فروع الفقه وأحكامه .

من أجل ذلك كانت "جامعة" .

وقد قرأت كتاباً أو فصلاً للشاعر إقبال عن مبدأ ختم الرسالة في الإسلام أتتني أن أعيد قراءته .

9 أقسية ختم الرسالة عند الشاعر إقبال :

لا شك في أن مسلمى الهند وباكستان كان لديهم اعتبارات عملية وواقعية جعلتهم يقدرّون أهمية ختم الرسالة ويعتزون بهذا المبدأ .

ذلك أن الهند ورثت تركة كبيرة من الأديان والفلسفات واللغات والمذاهب المختلفة المتناقضة، وما زالوا سائرين في هذا الاتجاه، حتى إن كل من يدعى كذبا النبوة، أو حتى الألوهية يجد له جمهورا يسير وراءه، مما ترتب عليه تعدد الطوائف بل وتصارعها وتمزيق وحدة شعوبها .

وقد حاول الاستعمار استغلال هذه العنصريات الطائفية، فاستعمل بعض الكاذبين لادعاء النبوة، وأصبحوا حلفاء للاحتلال البريطاني الذي يغدق عليهم الحماية والمال بصورة مفرغة، وحاول إدخالهم في نطاق الأمة الإسلامية لتمزيقها، وما زال يسير على هذه الطريقة برغم المقاومة العنيفة من جماهير المسلمين، الذين كان سلاحهم هو مبدأ ختم الرسالة الذي يسد الباب أمام الكذابين مدعى النبوة أو الألوهية، وكل ما يطلبونه ألا يُعَدَّ هؤلاء جزءا من أمة الإسلام. ومع ذلك، تستعمل القوى الأجنبية كل نفوذها ومالها ليفرضوهم على أمة الإسلام، وبخاصة منهم "القاديانية" و "البهائية" و "البابية"، وأكثرهم مضللون ومخدوعون، ولكن قادهم يعملون لصالح أعداء الإسلام ولصالح من يشجعونهم ويترودونهم بالحماية والمال .

فلا غرو إذن أن يهتّم شاعرنا إقبال بمبدأ ختم الرسالة والجميع يؤيدونه في ذلك .

10 ختم الرسالة معناه أن الإنسانية أعدت لتبلغ رشدها :

ما يعيننا نحن هو الجانب الموضوعي في هذا المبدأ، ومعناه أن الله سبحانه قد أعد الإنسانية لتبلغ رشدها، وتطهر معتقداتها بما أدخل عليها من انحرافات، وتسير في حياتها على هدى الرسالة الخاتمة معتمدة على اجتهاداتها وإجماعها وفقهها وتجاربها وتقديمها الفكري والعلمي في كل فروع العلم والمعرفة وعمارة الأرض .
ونحن نستعمل كلمة الفقه دائما عندما ندرس الأحكام حتى لا ننسى مبدأ الاجتهاد والتعدد وشرعية اختلاف الأحكام وتنوعها وعدم اختصاص أى مذهب بالصواب دون غيره لأنه اجتهاد

إن تشريع الاجتهاد والإجماع كمصدر من مصادر الفقه هو من أهم خصائص شريعتنا وهو تأكيد لأن الله سبحانه قد أعد الإنسانية لتبلغ رشدها وتسير على هدى الرسالة الخاتمة العالمية الشاملة لأمر الدنيا والآخرة .

شكّل الشريعة ووحدها وعمومها ميز عقيدتنا بعدم الفصل بين الأحكام "الدنيّة" والأحكام الدنيويّة الذي ساد في عهد الرسالات السابقة . فالرسل السابقون كانوا يهدون قومهم لعقيدة التوحيد، وكثير منهم كان يعلن أنه يترك الأحكام الدنيويّة للسلّاطين الذين يفرضون سلطتهم على الناس . وأحسن مثال لذلك قول المسيح عليه السلام : "دع ما لقيصر لقيصر وما لله لله" . وكثير من المنتمين إليه (عليه السلام) ما زالوا يسرون على هذا المبدأ، ويَعُدُّونه هُما، في حين أنه كان في نظرنا مرحلياً، وهم يقاومون بشدة وعنف إدخال "الدين" في شئون الدنيا - وبخاصة شئون السلطة والحكم والسياسة - وهذا ما يريده الطغاة المسيطرون المستبدون الذين لا يريدون أن يحاسبهم الناس بقيم الدين ومبادئه بل وأخلاقه .

11 فصل الدين عن الدولة تحريف في عقيدتنا، وليس مجرد موقف سياسي:

بعض نصارى اليوم وتلاميذهم يريدون أن يفرضوا علينا ما يسمونه الفصل بين الدين والدولة، وأن نحبس ديننا في المساجد والمصاحف ولا نقحمه في شئون السلطة التي يريدون أن يحتكرها أصحاب السلطة والسلاح والمال ومظاهر القوة والعنف ... لكن عقيدتنا تأبى ذلك .

فالمعركة متصلة بالعقيدة وليست مجرد رأى أو حزب أو مذهب أو موقف سياسى .
وعلىنا أن نصمد ونصبر ونصابر ولا نتخلى عن عقائدنا لأن عقيدة التوحيد تفرض الوحدة بين شئون ديننا ودنيانا، وتحرم علينا أن نؤمن ببعض الكتاب ونترك بعضه الآخر إرضاء لأصحاب السلطان .

الوحدة إذن معناها ألا نفرق بين أمور ديننا ودنيانا .

ولا بين عقيدتنا وشريعتنا .

ولا بين الأصول والفروع في فقهننا .

ولا بين المبادئ والقيم والخلق وبين الأحكام التفصيلية في شريعتنا وفقهننا .

12 تشريعنا الجنائي لصدفه التوبة لا العقوبات :

ثم إن وحدة شريعتنا لها نتيجة مهمة في تشريعنا الجنائي .
فقد قلنا إنه ليس "قانون عقوبات" كما هو الشأن في "القوانين الوضعية" التي تقرر عقوبات قضائية دنيوية .

ذلك أن أول ما تقررده شريعتنا هو الجزاء والحساب في يوم النشور، وهذا هو العدل المطلق الكامل الذي نؤمن به .

أما عدل القضاء وأحكامه فهو مقرر لهدف آخر، هو إلزام المخطئ بالتوبة والاستغفار والعدول عن الانحراف والاستقامة في المستقبل، وهذا هدف تربوي وإصلاحى وليس مجرد عقاب.

عندما يتحقق غرض التوبة، فإن الحساب عما وقع قبلها يرجع إلى الله سبحانه يوم القيامة. وقد أكد القرآن الكريم مرارا على أن الله يقبل التوبة عن عباده ويعفو ويغفر، بل زاد فبشرنا بأن الله يمحو هذه السيئات بل يحولها إلى حسنات |
فإذا كان لا بد من وصف لأحكامنا الجنائية القضائية بأنها قانون، فإنها قانون للتوبة وليست قانونا للعقوبات

هذا هو ردنا على من يتناولون على تشريعنا الجنائي، وبخاصة ما يسمونه عقوبات بدنية في الحدود والعقوبات المقدرة التي يصفها البعض بأنها قاسية .
يجب أن يعلموا أنها جزاءات "تهديدية" و "تخويفية" قصد بها ردع الجاني المحرف والزامه بأن يتوب ويعود إلى الاستقامة حتى يعفى منها .
إنني معجب بما ذهب إليه إمامنا ابن تيمية من أن التوبة تسقط عقوبة الحد، بل إن مجرد الاعتراف بالذنب هو في نظره توبة يترتب عليها سقوط الحد .
وفي نظرنا أنه يسقط أيضا التعزير العقابي كما بيناه في حاشيتنا .
ولا يبقى أمام قضائنا إلا التعزير التهذيبي والتربوي الوقائي الذي قلنا إنه لا يجوز وصفه بأنه عقوبة، بل هو تربية وتهديب وإصلاح نفسي وديني واجتماعي بحت .

* * *

والستخوف والتهديد لا يقتصران، على العقوبات الدنيوية القصائية، بل إن أول ما يؤمن به الإنسان المسلم هو الجزاء الآخروي والجنة والنار .
والذين لا يؤمنون بالله واليوم الآخر لا يعترفون بالجنة والنار، ويُعدُّونها مجرد تخويف .
ونحن نقول إن الأمر كله لله، في الدنيا والآخرة ... وهو الذي يحاسبنا ويحكم علينا يوم القيامة، وحكمه هو العدل كله والرحمة كلها ...
هو الرحمن الرحيم كما نخطبه كل يوم وكل ساعة بشرط أن نسلم له ونلتزم بأوامره ونواهيه وأن يتوب المخطئ ويرجع إلى الصراط المستقيم ...
فههدف شريعتنا هو إلزام الإنسان بالعودة إلى الطريق المستقيم بالتوبة. أما ما وقع منه من قبل، فإن الله وعده بأن يمحوه، بل يبدله حسنات بقدر ما ينفذ توبته بالرجوع إلى الله وإلى طريق الصلاح والاستقامة

إنه سبحانه خلق الإنسان ليختار بين طريق الخير وطريق الشر وليرجع إلى الطريق المستقيم كلما انحرفت به نزواته وشهواته وشيطانه ويتوب عن خطئه ويستغفر الله الذي وعدنا بالقبول .

في حالة الانحراف تواصل شريعتنا الإصلاح عن طريق التوبة والاستغفار .
 أما الجزاءات الدنيوية بل والأخروية، فإنها في نظرنا كلها مقررّة لتخويفه والزامه بالتوبة فهي في نظرنا أحكام تهديدية .
 وشريعتنا تبدأ بالتخويف سواء بالجزاءات الدنيوية أو الأخروية التي أفاض القرآن في عرضها علينا وصور لنا الجحيم بصورة مفزعة مرعبة تجعل فرائض المؤمن ترتعد لسماعها، ويخشى الله ويرجع إليه . ولذلك فإن التقوى هي أولى صفات المؤمن .
 لقد أضاف للتخويف الوعد بالنعيم المقيم في الجنة التي أفاض كتابنا الكريم في عرض محاسنها ومغرياتها وعرض على الإنسان كل ما يشتهي في الدنيا على أنه سيجد أكثر منه في الجنة لأن فيها ما لا عين رأت ولا أذن سمعت ولا خطر على قلب بشر .
 وكثيرون يتأثرون بهذا النعيم المقيم ويعملون له أكثر مما يتأثرون بالتخويف بالجحيم في الآخرة والجزاء القضائي في الدنيا .
 من أجل ذلك نرى أن شريعتنا يجب أن تؤخذ كاملة متكاملة، وخطأ كبير هو وصفها بأنها قانون عقوبات، أو قياسها على القوانين الجنائية .

13 تشريع التوبة أغنانا عن الجدل حول الجبر وحرية الاختيار :

لحكمة إلهية شرع الله الجزاء الديني (العقوبة الجنائية) والجزاء الأخروي الأشد وأبقى. ثم شرع التوبة والاستغفار والعفو والمغفرة والرحمة والقبول بدلا من هذه الجزاءات القضائية.

ولحكمة إلهية جعل الله جميع العقوبات والجزاءات الدنيوية مجرد تهديد في نظرنا، يستغنى عنها كلما عدل المذنب عن طريق الانحراف وأعلن نية صادقة في استئناف طريق الاستقامة والصواب في المستقبل، ووعد سبحانه بأن يحو السيئات التي وقعت من قبل، بل وقد يحولها إلى حسنات ...

فما هي هذه الحكمة ؟ ...

إنه سبحانه أراد أن يعفينا من الجدل الحاد بين فلاسفة الجبر الذين يقولون إن المجتمع وظروف الجان الخلقية والقطرية هي التي أوصلته لهذا الانحراف؛ فهو إذن غير مسئول. لكن جمهور الفلاسفة والمفكرين يرون أن تقرير مسئولية الفرد جنائيا ومدنيا عن أعماله الاختيارية مبدأ ضروري لكي تستطيع الجماعة تقوم المنحرفين ومقاومة الانحرافات.

وشريعتنا قد رسمت لنا طريقا وسطا يحقق أهداف الطرفين، لكي نترك موضوع المسئولية وحرية الاختيار له سبحانه وهو أعلم به

إن الله سبحانه هو الذي أوجد العوامل المتعددة التي أدت إلى وقوع الجريمة واختيار الفرد أحد هذه العوامل وإلى جانبه عوامل أخرى مثل الوراثة والتكوين الخلقي والبيئة والظروف الاجتماعية التي لها دورها، لكن الله سبحانه هو الذي يقدر نسبة مساهمة الإرادة الفردية في هذا الانحراف، وعلينا أن نترك له تقديره ويكفيها التوبة والاستغفار .

إن شريعتنا لا تأخذ بنظرية الجبر أو الاختيار بصفة مطلقة كما يرى بعض الفلاسفة لكنها شرعت لنا التوبة لتكون بديلاً عن العقاب والجزاء. فهي شريعة التوبة. وهذا يميزها في نظرنا عما يسمونه قانون العقوبات.

موضوع التوبة في نظرنا هو جوهر تشريعنا الجنائي؛ فكل أحكامه تدفعنا إليها. وهي أصلح للمجتمع والبشرية من كل عقاب. إنني أرجو أن يتولى أحد الباحثين الشأن أن يعد رسالة عن "التوبة كهدف لتشريعنا الجنائي".

وأدعو الأساتذة الذين يتولون تدريس هذه المادة أن يلفتوا نظر تلاميذهم إلى أن تشريعنا الجنائي هو تشريع للتوبة والإصلاح، وأنه ليس قانون عقوبات كما يصفه البعض.

* * *

إن الرسالة الخاتمة تتميز عما سبقها بأنها موجهة للبشرية كلها وليست خاصة بقوم

معينين

صحيح أن الإنسانية تضم أئما مختلفة المذاهب والعقائد، ولكن العلاقات البشرية بين الأمم والأفراد كفيلة بتحقيق قدر كاف من المستوى الحضارى الذى يناسب مع ما وصلت إليه الإنسانية من تقدم .

انطلاقا من هذه الرسالة الخاتمة تسير الإنسانية نحو العالمية، وكثيرا ما أكد علماءنا وأئمتنا على عالمية الإسلام

إذا كنا نسمع اليوم من يتحدثون عن نظام عالمى فلا شك فى أن الإسلام قد سبقهم إلى ذلك. وكثير منهم لا يهمهم من هذا النظام العالمى إلا ما يستطيعون أن يفرضوا به سيطرتهم أو يحمون ما يسمونه "مصلحتهم القومية".

إن القومية والمصالح القومية لا يجوز نسبتها إلى العالمية . والإسلام كان من أول أهدافه مقاومة العنصريات والقوميات التى تفرق بين الأمم وتسيء العلاقات بينها وتخلق صراعات لا تنهى .

* * *

14- امتثالنا بحتم الرسالة :

في نظرنا أنه لا يجوز أن نقف عند الأثر السلبي لحتم الرسالة الذي يسد الباب أمام كل من يدعى النبوة والألوهية ويحمي الإنسانية من حركات الدجالين والأفاقيين الذين يدعون النبوة أو يتكلمون باسم السماء ويوهمون الناس بأنهم يعبرون عن إرادة الله أو يشرعون بوحى منه .

كل هذا مؤكد، وهذا فضل كبير للرسالة الخاتمة .

لكن الفضل الأكبر هو أنها شهادة من الله سبحانه وتعالى بأن الإنسانية أعدت لكي تبلغ رشدًا وأنها تستطيع انطلاقًا من هذه العقيدة الإلهية والشرعية السماوية أن تتوسع في آفاق المعرفة وتتفقه في هذا الدين بالاجتهاد والإجماع والتجديد كي تستبسط منه الأحكام اللازمة لبناء حضارة إنسانية كاملة لكل أنواع المعرفة وفروع العلم التجريبي الذي تبنى بها حضارة جديدة يساهم فيها الناس جميعًا برغم اختلاف مذاهبهم وأممهم وأعراقهم

إن عالمية الرسالة الخاتمة ووحدة الرسائل السماوية تغنيانا عما يسموله الآن حوارا بين الديانات، وهنا نقر ما يقوله كثير من علمائنا وخصوصا الرهابيين من أن هذه التسمية لا محل لها وما يريدونه هو حوار بين الأمم، لأن الدين واحد وهو الرسالة الخاتمة.

لقد تابعت احتفالات بعض وسائل الإعلام بذكرى المولد النبوي الشريف، ولاحظت أن كثيرين من المتحدثين يبالغون في ذكر مناقب رسولنا الكريم، ويصلون في ذلك الغلو إلى الحد الذي لا يقره الإسلام ولا الرسول (ﷺ) نفسه .

وقد عشت مدة طويلة في المملكة العربية السعودية، وأعجبتني إصرار علمائها على أن هذا الاحتفال بالمولد النبوي بدعة لا أصل لها في ديننا، ولم يقرها رسولنا الكريم .

وأعتقد أنهم إذا كانوا يستكبرون مجرد الاحتفال بالمولد، فذلك لأنه يؤدي إلى الغلو في تقديس شخص الرسول الكريم، وهذا يفتح الباب لتقديس غيره من البشر .

وأنا أعتقد أن الفضائل التي أسبغتها العناية الإلهية على رسولنا الكريم لم يقصد بها شخصه، وإنما قصد بها تأهيله لحمل الرسالة الخاتمة العالمية والشاملة التي جعلها الله سبحانه خاتمة الرسالات السماوية وقمة التدرج في النبوات .

ولذلك، فإن الذين يحتفلون بمولده (ﷺ) أجدر بهم أن يحتفلوا بختم الرسالات وبدء عهد جديد للبشرية بعد أن أعدها الله لكي تواصل تقدمها ونموها اعتمادا على أصول هذه الرسالة الخاتمة، وعلى ما قرره من إعطاء البشر دورا في استنباط الأحكام عن طريق الاجتهاد والإجراع في مجال التشريع والعلم التجريبي في نطاق جميع فروع المعرفة الإنسانية، لكي تبلغ أقصى مدى أراد الله لها في عمارة الأرض التي استخلفها الله فيها .

وبهذا تنفادي انتقادات الذين يدينون بدعة المولد. ولا أعتقد أنهم ينكرون علينا الاحتفال بمولد هذه الرسالة الخاتمة التي أعد الله سبحانه رسولنا لتبليغها، وأعد أمته لتحمل أمانة هذا التبليغ لتكون شاهدة على الناس كما كان الرسول شهيدا علينا .

كثيرون ممن يتناقسون في الغلو في مدائح الرسول الكريم هم ممن يمارسون النفاق لدى السلطان والنقوذ، ويسعون على بعضهم أوصافا تحيطهم بهالة من البطولة والعبقرية التي يبررون بها طغيانهم أو استبدادهم . هذا الصنف من محترفي النفاق ينتهزون كل فرصة ليزاحوا غيرهم في نسبة أوصاف ومناقب للرسول الكريم كأنهم يتخذون ذلك ليسوعوا به ما يمارسونه يوميا من أساليب النفاق لتضخيم صورة غيره من البشر، ناسين ما قاله رسول جيش المسلمين لقائد جيش الفرس: "إننا جئنا ندعو الناس لعبادة الله الواحد القهار بدلا من عبادة البشر التي يمارسها الأذلاء المستعبدون المستسلمون لطغيان سادتهم وحكامهم .."

وليس السفاق وحده هو الذى يروج سوقه فى الموالد، بل إننى زدت اقتساعا بموقف
الفقه الوهابى الذى يعمدُها بدعة دخيلة على الإسلام تشوه صورة جهايمه وتقدم لها فرصة
لإحياء تقاليد جاهلية سابقة على الإسلام. وزاد يقينى بذلك عندما زرت بلاد إفريقية
الشمالية ووجدت أنهم وكثيرين غيرهم لا يكتفون بالاحتفال بالمولد النبوى وعده أكبر
مناسبة للتجمعات الشعبية، بل إنهم يجعلون لكل "شيخ" مولدا فى موطنه. ولا يقف الأمر
عند المشايخ الحقيقيين، بل إنه حدث كثيرا أن شملت الموالد شيوخا زائفين أو دجالين لأن
كل قرية وكل تجمع سكانى يعتقد أنه لا بد له من شيخ يحتفل بمولده ويبرز فى هذا
الاحتفال كل ما لديه من مظاهر الابتهاج والاعتزاز.

إن الابتهاج والاعتزاز فى نظرنا يجب أن يكون لهذه الرسالة الإلهية خاتمة الرسالات،
لأنها هى المؤذنة برشد الإنسانية وانطلاقها فى مجالى الحضارة والتقدم، معزة بقيم هذه
الرسالة وعقائدها، ومنكرة لكل ما يخالفها من رواسب التاريخ الماضى، تاريخ الجاهلية
والانحرافات التى جاء الإسلام للقضاء عليها فى جميع صورها ونواحيها. وإذا كان رسولنا
الكريم هو الذى أعده الله تعالى لحمل هذه الرسالة وليشهد علينا بما أبلغه لنا من أصولها
وأحكامها، فإن تكريمه يكون بالاحتفال بالرسالة، ويكون الاحتفال بالرسالة الخاتمة بدلا
من القلو فى المدح لشخصه، لأنه يشجع العامة على ممارسة المدح لغيره من المسيطرين
والمترعمين.

وقد سمعت فى الإذاعة التونسية صباح كل يوم فترة قصيرة من "المدائح النبوية" يليها
فترة أطول منها فى "المدائح الوطنية" التى كانت تشيد بطولة بورقيبة وأمجاده فى قصائد
يديمها أعداد من المنافقين المتأفسين فى التقرب للزعيم الأوحى...



الحق أن مولد الرسالة هو بعثة الرسول (ﷺ) لا مولده .
ورحم الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين الذي جعل بدء تاريخ الإسلام هو الهجرة النبوية، ولم يحتفل هو ولا أحد من أصحابه بمولد الرسول الكريم التي يَعدُّها البعض مجرد تقليد لما يفعل المسيحيون في احتفالهم بمولد المسيح .
والاحتفال بالهجرة يجعلها بداية التقويم الهجري ليس مجرد احتفال ببدء عصر الرسالة الخاتمة، بل هو احتفال بأكبر صورة من صور الجهاد في سبيلها والثبات عليها والتضحية في سبيلها. إنه احتفال بما فرضه الله علينا من الجهاد والصمود في وجه البقي والعدوان
وهذا هو الاحتفال الصحيح بالرسالة الخاتمة والاعتزاز بها وإعلان التزامنا بالعمل لتبليغها والجهاد في سبيلها ومقاومة بغى أعدائنا، وبذلك نكون شهداء على الناس كما كان الرسول شهيدا علينا

الباب الثاني الركن المادى للجريمة

٢٤٧ - منهاج البحث : - يتوافر الركن المادى للجريمة بإتيان الفعل المخطور، سواء كانت الجريمة إيجابية أو سلبية. وقد يتم الجاني الفعل فتتعد الجريمة تامة كمن سرق متاعا من آخر وخرج به من الحُرز، وقد لا يتم الجاني الفعل فتتعد الجريمة غير تامة، كمن يضبط قبل الخروج بالمسروقات من الحُرز أو بعد دخوله مباشرة، وهذا مانسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالشروع فى الجريمة.

وقد يرتكب الفعل المحرم شخص واحد، وقد يتعاون على ارتكابه جماعة يتفقون على الجريمة فينفذها أحدهم أو بعضهم، أو يحرض بعضهم بعضا عليها، أو يساعد بعضهم البعض الآخر ويعينه حال ارتكابها، وهذا مايسمى بالاشتراك فى الجريمة.

فالكلام على الركن المادى يتناول الكلام على الجريمة التامة، والشروع، والاشتراك. ومحل الكلام على الجريمة التامة هو القسم الجنائى الخاص، حيث تبحث كل جريمة وتبين أركانها وشرائطها وعقوباتها، وهذا مايوجه منطق الفصل بين القسم العام والقسم الخاص. أما الشروع والاشتراك فستكلم عليهما فيما يأتى، وستخصص لكل منهما فصلا خاصا.

الشروع هو جريمة ناقصة من حيث عدم وقوع النتيجة التي أرادها الجاني من فعله، ولذلك فهو خاص بالجرائم العمدية، وعندما يتقرر العقاب عليه في جريمة ما فمعنى ذلك أن ما ارتكبه الجاني كاف ليكون جريمة، لأن ما قام به هو من أعمال تنفيذ الجريمة وليس مجرد تحضيرها؛ لذلك يعاقب عليه برغم عدم نجاحه في تحقيق غرضه من ارتكاب الفعل. وهدف هذا البحث هو تمييز الأفعال التحضيرية التي لا يعاقب عليها الجاني إذا توقف عندها (باختياره أو لسبب خارج عن إرادته) - من الأعمال التنفيذية التي يعاقب عليها الجاني باعتبارها شروعا برغم أنه توقف عندها. من ناحية أخرى، فسنبين أن عقوبة الشروع قد تكون أقل من عقوبة الجريمة الكاملة، لذلك يجب أن ندرس الحد الفاصل بين الفعل الذي يكون جريمة ناقصة (أى شروعا) عن الأفعال التي تجعل الجريمة تامة، وهذا ضرورى في حالة ما إذا كانت عقوبة الجريمة الناقصة تختلف عن عقوبة الجريمة التامة.

* * *

أما المشاركة فيكون في حالة مساهمة أكثر من شخص في ارتكاب جريمة. وهنا يجب التمييز بين من يُعَدُّ منهم الفاعل الأصلي للجريمة المسئول الأول عنها، وبين من يُعَدُّ مجرد شريك. وهذا أيضا يكون ضروريا في حالة ما إذا كان القانون يجعل عقوبة الشريك أقل من عقوبة الفاعل الأصلي. أما إذا كانت العقوبة واحدة، فلا أهمية لهذا البحث.

* * *

ومراجعة أحكام القسم العام في القوانين العصرية تكشف لنا أن المبدأ الراجح هو أن عقوبة الشروع الأصل فيها أن تكون مساوية لعقوبة الجريمة التامة وعقوبة الشريك لا تختلف عن عقوبة الفاعل الأصلي في حالة الاشتراك، ولكن التفرقة بين العقوبة في الحالين تكون في حالات استثنائية؛ وهذا يجعل دراسة الشروع والاشتراك مجرد بحث نظري في كثير من الأحوال.

جری الفقهاء الإسلامیون علی عدم الخوض فی تحدید أركان جرائم التعازیر، بحجة أن القاضی هو الذی یتولی ذلك. وهذا نقص أشرنا إلیه من قبل کلما أشرنا إلی ضرورة تقنین التعازیر. ونتج عن هذا الأسلوب أن موضوع الشرع والاشترک فی الجريمة یتعرضون له فی دراسة جرائم الحدود وجرائم القصاص، والذیة فقط. ولما كانت القاعدة عندهم أنه کلما استبعدت هذه العقوبات القصوى - المقدرة - فإن الفعل یمکن أن یتقع تحت طائلة التعزیر إذا رأى أولیاء الأمر أنه یمثل خطورة تستوجب تأدیب الخاطئ أى تعزیره - فإن کل ما کتب عن هذین الموضوعین کان بصدد جرائم الحدود والقصاص لكنه یمسرى كذلك علی جرائم التعازیر، لأن الأصل کما قلنا من قبل أن جمیع الجرائم هی جرائم تعزیر.

وإذا بدأنا فی وضع نصوص لتقنین جرائم التعازیر، فإن موضوع الشرع والاشترک سیزداد أهمیته. وقد مهد لنا الفقیه الشهد الطریق لذلك بالتوسع فی عرض أحكام هذین الموضوعین فی هذا الباب، وهذا جهد مشکور له یمجب أن نقدره لأنه یسهل مهمة من یقومون بعملیة تقنین التعازیر فی الحاضر والمستقبل، مما یؤدى إلی مزید من الإثراء والنمو فی التشریع الجنائی الإسلامی .

فیما یخص جرائم التعازیر، فإن تخلى الفقه عن تحدید جرائم التعازیر أو تقنینها هو الذی أدى فی نظره إلی عدم بحث الشرع أو الاشتراک فیها، لأن موضوع التعازیر وأحكامها کان یدخل فی نظرهم ضمن ولاية القضاء .

وقد أشرنا من قبل إلی رأینا فی أن اختصاص القضاء بولاية التعزیر لم یعد له مسوِّغ فی عصرنا، ولم یعد هناك مسوِّغ لکی یتخلى الفقه عن مسؤولیته فی تقنینها أو دراستها، لأن القضاء إنما منحوا هذه الولاية بحسبانهم مجتهدین - ومعنى ذلك أن المجتهدین من الفقهاء هم أصحاب الاختصاص الأصلی فی ذلك ولذا لا یموز لهم أن یتخلوا عن هذا الاختصاص فی نظرنا.

ونحن نلاحظ فضلا عن ذلك أن القضاة منذ عصر طویل أصبحوا مقلدین غیر مجتهدین. وإذا کان الاجتهاد الفردی فی الفقه قد انتهى عهدہ، فلا بد أن یقوم جماعة من الفقهاء بذلك الآن وفى المستقبل بطریق الاجتهاد الجماعی بعد أن استقر الفقهاء علی قفل باب الاجتهاد الفردی، علی أن یمسهم فی ذلك القضاء کهیئة تمثلها المجلس الأعلى للقضاء.

الفصل الأول الشروع في الجريمة

٢٤٨ - الفقهاء والشروع في الجريمة : لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع في الجرائم ولم يعرفوا لفظ الشروع بمعناه الفني كما نعرفه اليوم، ولكنهم اهتموا بالفرقة بين الجرائم التامة. والجرائم غير التامة، ويمكننا أن نرد عدم اهتمامهم بوضع نظرية خاصة بالشروع لسببين .

أولهما : أن الشروع في الجرائم لا يعاقب عليه بقصاص^(١) ولاحد، وإنما يعاقب عليه بالتعزير أيا كان نوع الجريمة . وقد جرى الفقهاء على أن يهتموا فقط بجرائم الحدود والقصاص؛ لأنها جرائم ثابتة لا يدخل على أركانها وشروطها التغير أو التعديل، كما أن عقوبتها مقدرة ليس للقاضي أن يغلظها أو يخففها. أما جرائم التعزير، فإذا استثنينا العدد القليل (من المعاصي) الذي نصت عليه الشريعة كتحریم الميتة وخيانة الأمانة، فإن معظم الجرائم التعزيرية متروك أمرها للسلطة التشريعية، أي لأولى الأمر، يحرمون من الأفعال ما يرونه ماساً بالمصلحة العامة أو النظام العام، ويعاقبون عليه، ويتركون مالا يرون ضرورة للعقاب عليه. كما أن تقدير العقاب في جرائم التعزير عامة متروك لأولى الأمر سواء كان التحريم بنص الشريعة أو كان التحريم راجعاً لأولى الأمر . فيستطيع ولي الأمر أن يخفف عقوبات جرائم التعازير، وأن يشدها طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة، وللقاضي بعد ذلك سلطة واسعة في توقيع العقوبة، فله أن يتزل بها إلى الحد الأدنى، وأن يرتفع بها إلى الحد الأعلى. ويرتب على ذلك أن جرائم التعازير ليست ذات أهمية بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص، وأن جرائم التعازير جرائم عقوباتها غير ثابتة قد يعاقب عليها بعقوبات تافهة وقد يعاقب عليها بعقوبات جسيمة، وأن أغلب جرائم التعازير قد يعاقب عليها في زمان دون زمان ومكان دون مكان، وقد تتغير أركانها بتغير وجهة نظر أولى الأمر؛ ولهذا كله لم يتكلم الفقهاء عن جرائم التعازير إلا كلاماً عاماً، ولم يدخلوا في تفاصيل أركان الجريمة وشروطها، وعلى هذا الأساس لم يتكلموا عن الشروع بصفة خاصة؛ لأنه من جرائم التعازير .

(١) يعاقب على الشروع في القتل إذا أدى لجرح أو قطع بالقصاص كلما كان ذلك ممكناً، ولكن العقاب في هذه الحالة ليس على الشروع في القتل الذي لم يتم، وإنما على الجرح أو القطع بحسبان أن ما حدث هو جريمة تامة. وسيأتي تفصيل ذلك .

ثانيهما : أن قواعد الشريعة الموضوعة للعقاب على التعازير منعت من وضع قواعد خاصة للشروع في الجرائم، لأن قواعد التعازير كافية لحكم جرائم الشروع. فالقاعدة في الشريعة أن التعزير يكون في كل معصية ليس فيها حد مقدر ولا كفارة، أى أن كل فعل تُعَدّه الشريعة معصية هو جريمة يعاقب عليها بالتعزير ما لم يكن معاقبا عليها بحد أو كفارة. ولما كان الحد والكفارة لا يعاقب بها إلا على جرائم معينة أثمها الجاني فعلا، فإن كل شروع في فعل محرم لا يعاقب عليه إلا بالتعزير. ويُعَدّ كل شروع معاقب عليه معصية في حد ذاته أى جريمة تامة، ولو أنه جزء من الأعمال المكونة للجريمة لم تتم، مادام الجزء الذى تم محرما لذاته. ولا استحالة في أن يكون فعل ماجرمة معينة إذا كان وحده، وأن يكون مع غيره جريمة من نوع آخر. فالسارق إذا منقلب البيت ثم ضبط قبل أن يدخله يكون مرتكبا لمعصية تستوجب العقاب، وهذه المعصية تُعَدّ في ذاتها جريمة تامة، ولو أنها بدء في تنفيذ جريمة السرقة. وعندما يتسلق السارق المنزل الذى يريد أن يسرق منه يرتكب معصية، وعندما يدخل البيت دون نقب أو تسلق بقصد السرقة يرتكب معصية. وإذا أذن له بدخول البيت، فجمع متاعه ليسرقه فضبط قبل الخروج به فهو مرتكب لمعصية. وهكذا، كلما أتى السارق فعلا تحرمه عليه الشريعة فهو مرتكب لمعصية، أى : جريمة تامة تستوجب العقاب، إذا نظرنا إليها على حدة، ولو أن هذه المعصية تُعَدّ جزءا من جريمة أخرى إذا نظرنا إلى جريمة السرقة التى لم تتم. فإذا أتم الجاني سلسلة الأفعال المكونة لجريمة السرقة، وخرج بالمسروقات من الخزانة، فإن كل الأفعال التى أتاها تكون مجتمعة جريمة معينة هى السرقة، ويتمام جريمة السرقة بحجب عقوبة الحد، وهى العقوبة المقررة للسرقة التامة، ويمتنع التعزير على ما دون التمام؛ لأن كل الأفعال اندمجت وتكونت منها جريمة السرقة.

والزاني إذا دخل بيت المرأة المزني بها يرتكب معصية، وإذا جلس معها في خلوة يرتكب معصية، وإذا قبلها يرتكب معصية، وكل هذه الأفعال تُعَدّ شروعا في جريمة الزنا التى لم تتم، ولكن كل فعل منها يُعَدّ بذاته معصية تامة تستوجب التعزير. فإذا ما تمت جريمة الزنا، وجب الحد وامتنع التعزير، لأن كل هذه المقدمات تكون مع الإيلاج جريمة واحدة تامة هى جريمة الزنا.

وهكذا، يتبين لنا مما سبق أنه لم يكن ثمة ما يدعو الفقهاء لوضع نظرية خاصة بالشروع في الجرائم، وإنما دعوتهم الضرورة فقط إلى التفرقة بين الجريمة التامة والجريمة

غير التامة في جرائم الحدود والقصاص، لأن الجريمة التامة دون غيرها هي التي تستوجب عقوبة الحد أو القصاص، أما الجرائم غير التامة فلا تستوجب هاتين العقوبتين وفيها التعزير فقط.

ومن الخطأ البين أن يظن البعض أن الشريعة لا تعرف الشروع في الجرائم، إذ الظاهر مما تقدم أنها عرفت الشروع حق المعرفة، وكل ما في الأمر أنها عاجلة بطريقتها الخاصة لا على طريقة القوانين الوضعية. ولم يعبر الفقهاء عن الجرائم غير التامة بتعريف الشروع في الجرائم؛ لأن الأفعال التي لم تتم تدخل في جرائم التعازير كلما تكون منها معصية، وتعد جرائم تامة بذاتها ولو أنها لم تكف لتكوين الجرائم المقصودة أصلاً، فليس هناك ما يدعو لتسميتها بالجرائم المشروع فيها مادام أن ما تم منها يُعد في ذاته جريمة تامة. وإذا عبرنا اليوم عن الجرائم غير التامة وقلنا: إنها جرائم الشروع، فلن نأتي بشيء جديد، وإنما هو إطلاق تسمية جديدة على بعض جرائم التعازير، وتقييد لبعض جرائم التعازير من بعضها الآخر، دون أن تكون هناك حاجة ملحة لهذه التسمية أو هذا التمييز، ودون أن يدفعنا إلى هذا التعبير إلا البيان والإقناع، ومقارنة نظرية الشريعة بما يقابلها في القوانين الوضعية.

ونظريّة الشريعة في الشروع أوسع مدى منها في القوانين الوضعية، فهي تعاقب على الشروع في كل جريمة إذا كَوّن الفعل غير التام معصية، وهي تسير على هذه القاعدة دون استثناء. فمن وقع على إنسان عصا ليضربه بما فحيل بينه وبين ذلك فهو مرتكب لمعصية يعزر عليها، ومن حاول إطلاق النار على آخر فلم يصبه فهو مرتكب لمعصية عقوبتها التعزير. أما القوانين الوضعية فتعاقب غالباً على الشروع في أكثر الجنايات، وعلى الشروع في بعض الجناح، دون البعض الآخر، وليس لها قاعدة عامة في هذا.

ومن تطبيقات نظرية الشريعة حالة إحداث جرح بقصد القتل، فإن الجرح إذا أدى للموت عُدَّ الفعل قتلاً عمداً، وإذا شفى الجاني عليه عُدَّ جرحاً فقط وعوقب عليه الجاني بعقوبة خاصة. أما إذا أراد الجاني أن يقتل الجاني عليه فلم يصبه، فالفعل معصية وفيه التعزير.

فقهائنا يساوون في العقوبة التعزيرية بين الشروع والجريمة التامة، وهذا هو ما تسير عليه القوانين الرضعية من حيث المبدأ لكن دراسة الشروع ضرورية لوضع الحد بين مجرد التحضير للجريمة والشروع فيها .. لأن النصوص في بعض الأحيان تضع للشروع عقوبة أقل من عقوبة الجريمة التامة .. لكن هذه أحوال استثنائية، وفي غيرها يطبق الأصل العام وهو أن الشروع يعاقب عليه بعقوبة الجريمة التامة . وسنرى أن فقهاءنا يفرقون بين عقوبة الشروع وعقوبة الجريمة التامة فيما يتعلق بجرائم القصاص والحدود، إذ إن عقوبة الشروع في هذه الجرائم تكون دائماً تعزيرية فقط كما أكدته لنا فيما بعد (البند 251) .

القول بأن فقهاءنا لم يستعملوا كلمة الشروع لا يجوز أن يفهم منه أنه لا عقاب عليه في شريعتنا، إنما قصد بذلك أنه في الجرائم ذات العقوبة المقدرة شرعاً - إنما يعاقب عليه بعقوبة تعزيرية فقط يقدرها القاضي ولا تطبق عقوبة الحد أو القصاص المقررة للجرائم أى للفاعل الأصلي. لكن من المؤكد أن هذا الاصطلاح مستحدث ولاوجود له في كتب التراث، ويحسن بنا أن نستفيد من مصطلحات الفقه الوضعي في هذا المجال كما سيوضحه فقيها.

وهذا مستفاد من قوله: "يُعَدُّ كل شروع معاقب عليه معصية في حد ذاته، أى أنه جريمة تعزيرية تامة ..". ويكون جريمة تعزيرية حتى في جرائم الحدود والقصاص لأنه لا يطبق فيها العقوبة القصوى المقدرة وهي عقوبة الحد - ولا عقوبة القصاص حتى ولو طلبها الجاني عليه .

* * *

اصطلاح "السلطة التشريعية" لاوجود له في فقهاءنا، وهو من المصطلحات التي يستعملها شراح القوانين الوضعية العصرية. وإذا كنا قد سعدنا بإعلانه في بداية كتابه أنه سوف يستخدم المصطلحات العصرية ... إلا أننا لانوافق على إقحام هذا المصطلح بالذات في الفقه الإسلامي المعاصر لعدة أسباب :
أهم هذه الأسباب ما يلي :

- 1) أن فقهاءنا وعلماءنا يرون أن الشريعة تتميز على القوانين (الوضعية) التي تضعها الدولة، لأن منبع شريعتنا ومصدرها الأول هو الوحي الإلهي المتمثل في نصوص الكتاب والسنة؛ وإذا صح أن تنسب إلى مشرّع، فإنهم يقولون إن المشرّع هو الله سبحانه وتعالى لأن لها مصدرا سماويا أو إلهيا يميزها من القوانين الوضعية التي تنسب إلى الدولة أو إحدى سلطاتها التي تسمى "السلطة التشريعية".
- 2) أن الكلام عن "السلطة التشريعية" في دراستنا للفقهاء يمكن أن يؤدي بالبعض للقول بأن التقنيات الشرعية في التعازير ستكون قوانين وضعية صادرة عن "السلطة التشريعية"، وهو ما يذهب إليه فعلا بعض الذين يردون على المطالبين بتطبيق الشريعة راعمين أن قوانين العقوبات التي أصدرتها السلطة التشريعية في الدول المعاصرة هي "التعازير" التي فرضت الشريعة ولايتها لأولى الأمر - فالفرق عندهم بين الشريعة والقانون الوضعي هو في الحدود والقصاص وحدهما - وهو زعم خاطئ وضار في نظرنا.
- 3) أن كلمة "أولى الأمر" هنا كما قلنا من قبل لا يقصد بها رؤساء الدول ولا أمراؤها وسلاطينها أو "سلطاتها التشريعية" - كما هو الحال بالنسبة للقوانين الوضعية - وإنما هم أهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين يجب أن يستنبطوا الأحكام من مصادرها الإلهية، وأن يتمتعوا باستقلال كامل إزاء "سلطات الدولة" التي يجب أن تخضع للشريعة وتلتزم بسيادتها وتنفيذها، أي أنها ليست هي التي تضعها.
- 4) أن المجتهدين أنفسهم سواء كانوا فقهاء أو قضاة لا يدعون لأنفسهم "سلطة" التشريع ولا يجوز عدّهم كذلك، لأن مهمتهم هي استنباط الأحكام من المصادر الشرعية الأصلية - أي مبادئ الكتاب والسنة - بطريق الإجماع والاجتهاد؛ فهم إنما يقدمون آراء أو فتاوى ولا يستطيعون أن يلزموا بها إلا من يقتنع بها من الأفراد أو الجماعات.
- لذلك فإنهم لا يمثلون إحدى سلطات الدولة لأن ما يصلون إليه من أحكام شرعية هو مجرد فتاوى وآراء علمية وليست قوانين ملزمة.
- 5) نظرا لتعدد المذاهب وتعدد الآراء داخل كل مذهب، فإن للفرد وللجماعة أن يلتزما بأحدها دون الآخر، ويكون عملها تقليدا من جانب الفرد، أو إجماعا من جانب الأمة أو الجماعة.

أحكام الشريعة ملزمة بذاتها دون حاجة لتدخل سلطة الدولة إلا لتنفيذها :

(6) صحيح أن التقليد أو الإجماع يحتاج إلى قدر من الاجتهاد الشخصي للاقتناع بمذهب أو ترجيح رأى دون غيره من الآراء المتعددة في المذاهب المختلفة، لكن من يتولى اختيار مذهب أو رأى من الآراء في أحد المذاهب الفقهية لا يجوز له أن يضع حكما استنبطه لا وجود له في المذاهب أو الاجتهادات الفقهية التي توصل إليها الاجتهاد والفقه القديم والحديث .

إن الجماعة أو الأمة كالفرد في التزامها بعدم تجاوز الأحكام التي يستنبطها الاجتهاد والمجتهدون. والدولة التي تمثل الجماعة لا تستطيع أن "تضع" قوانين من عندها. بل هي ملزمة بأحكام الشريعة وأحكامها التي تصل إليها فتاوى المجتهدين - أو إجماعهم.

(7) التقنيات الشرعية في نظرنا تضم ما تختاره الجماعة من أحكام الفقه وبصدرها من يمثلونها في التشريع ليلتزم بها قضاؤها. وقد قدمنا أن رأينا أن الإصدار هو ما يسمى في فقهاء "الإجماع"، ولذلك يجب أن يتم بالشورى الحرة المستقلة عن الدولة .

(8) وعلى ذلك، فإن الشعب أو الأمة إذا أصدرت تقنيناً شرعياً أعده الفقهاء وأهل الاجتهاد، فإن عملها هو مجرد إعلان اختيارها للأحكام التي استمدتها من فتاوى المجتهدين والفقهاء السابقين أو المعاصرين. فلا يصح وصفها بأنها "قوانين وضعية". ونحن نصر على أن تسمى تقنيات لا قوانين .

ومهمة الأمة وممثلوها هي إنما سلطة "إصدار" فقط لا سلطة تشريع .

(9) التفرقة بين سلطة الإصدار وسلطة التشريع موجودة في القوانين الوضعية، إذ يختص بوضع القوانين المجالس النيابية؛ لكن "رئيس الدولة" هو الذي يختص بإصدارها. فالإصدار ليس تشريعاً، لكنه أمر صادر للجهات المختصة بالعمل بالنصوص التي يصدرها من يمثل الدولة وهو رئيسها . وإن كان الذي شرعها أو استنبطها هو المجلس النيابي. والفرق بيننا وبين القوانين الوضعية أن الإصدار يصدر عن ممثلون الأمة في الاجتهاد، لا من يمثلون الدولة . . . وإذا كان رئيس الدولة هو الذي يوقع بالإصدار، فإنه يفعل ذلك بصفته ممثلاً لأهل الاجتهاد أو أهل الحل والعقد، لا بصفته رئيساً للسلطة التنفيذية أو الحكومة وبناءً على قرار من أهل الاجتهاد ومنفذاً له .

(10) لهذه الأسباب نفضل عدم استخدام اصطلاح "سلطة التشريع" بالنسبة للتقنيات الشرعية، حتى تتميز من "القوانين الوضعية" في المرحلة الحالية بل وفي المستقبل حتى تقتلع التشريعات الوضعية من جذورها .

٢٤٩ - الرامبل التي تمربها الجريمة وأنها بُعد معصية : تمر الجريمة

بمراحل معينة قبل أن يرتكبها المجرم، فهو أولاً يفكر فيها، ثم يعقد العزم على ارتكابها، ثم يحضر بعد ذلك المعدات ويهيئ الوسائل اللازمة لتنفيذها كإحضار سلاح يقتل به، أو منقب ينقب به حائط المنزل الذي يريد السرقة منه، أو إعداد مفتاح مصطنع ليفتح به باب محل الجريمة . فإذا أعد المجرم معدات الجريمة، انتقل إلى مرحلة ثالثة هي مرحلة التنفيذ . فيبدأ في تنفيذ جريمته على الوجه الذي فكر فيه وأعد له الوسائل .

هذه هي المراحل الثلاث التي يمر بها المجرم حتى يرتكب جريمته . فأى هذه المراحل يُعدّ معصية وبالتالي جريمة تستحق العقاب ؟ والجواب هو ما سنبينه فيما يلي :

أولاً - مرحلة التفكير والتصميم : لا يُعدّ التفكير في الجريمة والتصميم على ارتكابها معصية تستحق التعزير وبالتالي جريمة يعاقب عليها؛ لأن القاعدة في الشريعة الإسلامية أن الإنسان لا يؤاخذ على ما توسوس له نفسه أو تحدّثه به من قول أو عمل، ولا على ما يتنوى أن يقوله أو يعمل؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: "إن الله تجاوز لأمتي عما وسوس أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم" وإنما يؤاخذ الإنسان على ما يقوله من قول وما يفعله من فعل.

وهذا المبدأ الأساسي الذي قامت عليه الشريعة من يوم وجودها هو مبدأ حديث في القوانين الوضعية، أخذت به جميعاً في عصرنا الحاضر، ولكنها لم تعرفه، ولم تأخذ به إلا ابتداءً من أواخر القرن الثامن عشر بعد الثورة الفرنسية، وقبل ذلك كان من الممكن أن يعاقب على النية أو التفكير إذا أمكن إثباتهما. فالشريعة في تقريرها هذا المبدأ، قد سبقت كل شريعة وضعية، والشرائع الوضعية حين أخذت متأخرة بهذا المبدأ؛ إنما أخذت بأقدم المبادئ الأساسية في الشريعة الإسلامية. ويبقى بعد ذلك أن الشريعة الإسلامية ليس فيها استثناءات لهذا المبدأ، أما القوانين الوضعية فلا يزال بها استثناءات للمبدأ، ومن الأمثلة على ذلك: أن القانون المصري والفرنسي يفرقان بين عقوبة القتل العمد الخالي من سبق الإصرار المصحوب بسبق الإصرار أو الرصد، وبين عقوبة القتل العمد الخالي من سبق الإصرار أو الرصد. ويشددان العقوبة في الحالة الأولى ويخففانها في الثانية .

ثانياً - مرحلة التحضير: لا تُعدّ مرحلة التحضير أيضاً معصية، ولا تعاقب الشريعة على إعداد الوسائل لارتكاب جريمة إلا إذا كانت حيازة الوسيلة أو إعدادها مما يُعدّ معصية في ذاته، كمسلم أراد سرقة إنسان بواسطة إسكارة فإن شراء المسكر أو حيازته يُعدّ بذاته معصية يعاقب عليها دون حاجة لتنفيذ الغرض الأصلي وهو السرقة .

والعلة في عدم دور التحضير جريمة، أن الأفعال التي تصدر من الجاني يجب للعقاب عليها أن تكون معصية، ولا يكون الفعل معصية إلا إذا كان اعتداء على حق لله أي: حق للجماعة أو على حق للأفراد، وليس في إعداد وسائل الجريمة في الغالب ما يُعدّ

اعتداء ظاهرا على حق الجماعة أو حقوق الأفراد، وإذا أمكن عُدَّ بعض هذه الأفعال اعتداء فإنه اعتداء قابل للتأويل أى مشكوك فيه. والشرعية لا تأخذ الناس في الجرائم إلا باليقين الذى لا شك فيه.

ثالثا : مرحلة التنفيذ: هذه هي المرحلة الوحيدة التى تُعَدَّ فيها أفعال الجاني جريمة، ويُعَدَّ الفعل جريمة كلما كان معصية، أى اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد. وليس من الضروري أن يكون الفعل بدءا في تنفيذ ركن الجريمة المادى، بل يكفي أن يكون الفعل معصية، وأن يكون مقصودا به تنفيذ الركن المادى، ولو كان لا يزال بين الفعل وبين الركن المادى أكثر من خطوة. فمثلا في السرقة يُعَدُّ النقب والتسلق وكسر الباب وفتح بفتح مفتاح مصطنع كل ذلك يُعَدُّ معصية تستحق التعزير، وبالتالي شروعا في سرقة، ولو أن بين كل منها وبين الفعل المادى المكون لجريمة السرقة خطوات، هي دخول محل السرقة، والاستيلاء على المسروقات، وإخراجها من الخزانة. كذلك يعزر الجاني بحسبانه مرتكبا لمعصية أو شارعا في سرقة، إذا تعرض للنقب أو فتح الباب أو حاول التسلق ولو لم يتم ما تعرض له أو حاول فعله. ويُعَدُّ الجاني مرتكبا لمعصية يعزر عليها، وبالتالي يُعَدُّ شارعا في الزنا، إذا دخل منزل المرأة التى يقصد الزنا بها، أو اجتمع بها في غرفة واحدة، أو قبلها أو ضمها، أو فعل غير ذلك من مقدمات الزنا، وهو يعاقب على هذه الأفعال ولو أن بينه وبين الفعل المادى المكون لجريمة الزنا أكثر من خطوة.

ويرى أبو عبد الله الزبيرى تعزير الجاني بحسبانه مرتكبا لمعصية أو شارعا في السرقة، إذا وجد بجوار المنزل المراد سرقته ومعه مبرد ليستعمله في فتح الباب أو منقب لينقب به الحائط، ولو أنه لم يبدأ في فتح الباب أو نقب الحائط، إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة. ويرى تعزير الجاني كذلك إذا وجد مترصدا بجوار محل السرقة يترصده غفوة الحارس ليسرق المتاع الذى يحرسه^(١).

فمقياس الفعل المعاقب عليه في الشروع هو أن يكون ماأناه المتهم مكونا لمعصية كالنقب، ويستعان على معرفة ما إذا كان الفعل معصية أو غير معصية بنية الجاني وقصده من الفعل؛ لأن ثبوت هذه النية يزيل كل شك ويساعد على تحديد نوع المعصية. وقد جعل أبو عبد الله الزبيرى في الأمثلة التى ذكرناها سابقا شأنا كبيرا لنية الجاني، فالترصد بجوار محل السرقة قد يكون للسرقة أو لعمل آخر مباح، ولكن نية الجاني وحدها هي التى أزال الشك عن الفعل وعينت المعصية، ووجود الجاني بجوار محل السرقة ومعه مبرد أو منقب يحتمل أن يكون الجاني قاصدا سرقة هذا المحل أو غيره، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملا آخر غير محرم، ولكن نية الجاني هي التى أخرجت الفعل من حيز الاحتمال إلى حين اليقين وعينت المعصية.

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٧، ٢٠٦.

٢٥٠ - الشريعة والقانون :- وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية في

عدم العقاب على مرحلتى التفكير والتحضير، وفي قصر العقاب على مرحلة التنفيذ، ولكن شراح القوانين يختلفون على الوقت الذى يُعَدُّ فيه الجاني قد بدأ بالتنفيذ. فأصحاب المذهب المادى يرون أن بدء التنفيذ المكون للشروع هو البدء في تنفيذ الفعل المادى المكون للجريمة، فإذا كانت الجريمة تتكون من فعل واحد كان الشروع هو البدء في تنفيذ هذا الفعل، وإذا كانت تتكون من جملة أفعال كان البدء في أحدها شروعا في الجريمة، ولا يُعَدُّ بدءا في التنفيذ أى عمل آخر لا يدخل في الأفعال المكونة للجريمة. ويرى أصحاب المذهب الشخصى أنه يكفي لتحقيق الشروع أن يبدأ الفاعل تنفيذ فعل ما، سابق مباشرة على تنفيذ الركن المادى للجريمة ومؤد إليه حتما، ويستعين أصحاب هذا المذهب بنية الجاني وشخصيته لمعرفة الغرض الذى قصده من فعله .

والمذهب الشخصى لا يختلف في شىء عن نظرية الشريعة الإسلامية، فكل ما يمكن العقاب عليه بحسب هذا المذهب تعاقب عليه الشريعة، ولكن نظرية الشريعة مع هذا تتسع لأكثر ما يتسع له المذهب الشخصى؛ لأن الشريعة تعاقب على كل ما يأت به الجاني إذا تكون مما فعله معصية، سواء كان ما فعله الجاني مؤد حتما إلى الركن المادى للجريمة المقصودة أو لا يؤدى إليه، كدخول منزل بقصد الزنا بامرأة فيه. أما المذهب الشخصى فيستوجب أن يكون الفعل مؤديا حتما للركن المادى كالنقب وفتح محل السرقة بمفتاح مصطنع. ويأخذ القانون المصرى بالمذهب الشخصى، وقد انتهت أحكام محكمة النقض المصرية إلى الأخذ بهذا المذهب .

٢٥١ - العقاب على الشروع :- قاعدة الشريعة الإسلامية في جرائم الحدود والقصاص ألا يتساوى عقاب الجريمة التامة بالجريمة التى لم تتم. وأصل هذه القاعدة حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : "من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين"^(١) وهذه القاعدة لا يمكن الخروج عليها في جرائم الحدود وجرائم القصاص، فلا يمكن العقاب على الشروع في الزنا بعقوبة الزنا التام وهى الجلد والرجم، ولا يمكن العقاب على الشروع في السرقة بعقوبة القطع؛ لأن القطع جعل جزاء الجريمة التامة ولا شك في أن البون شاسع بين الشروع والفعل التام، فيجب أن يؤخذ المتهم بقدر ما فعل، ويجزى بقدر ما اكتسب، فضلا عن أن التسوية في العقاب بين الشروع والجريمة التامة تحمل من شرع في جريمة على إتمامها؛ لأنه يرى نفسه قد استحق عقوبة

(١) تُعَدُّ جرائم القصاص وجرائم الحدود حدودا. والحد في الأصل هو ما كانت عقوبته مقدرة.

الجريمة التامة بالبدء في تنفيذ الجريمة، فليس ثمة ما يغريه بالعدول عنها^(١). ونستطيع أن نقيس الشروع في جرائم التعازير بالشروع في جرائم الحدود والقصاص، فنقول: إن القواعد العامة التي تسرى على جرائم الحدود والقصاص تسرى على جرائم التعازير، ولو وردت هذه القواعد خاصة بجرائم الحدود والقصاص فقط؛ لأن هذين النوعين من الجرائم هما أهم الجرائم وما يسرى على الجرائم المهمة يسرى على غيرها.

ونستطيع أن نخصص الحديث بالعقوبات المقدرة فقط، وهي عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص، ونص الحديث يشمل هذا التخصيص، فهو "من بلغ حداً في غير حد" والحد الأول هو العقوبة، والحد الثاني هو الجريمة، فالنص قاطع بلفظه بأنه ورد في جرائم الحدود والقصاص دون غيرها، ومن ثم يجوز تسوية عقوبة الشروع بعقوبة الجريمة التامة في غير الحدود خصوصاً وأن التعازير غير مقدرة، وللقاضي حرية واسعة في تقدير العقوبة من بين حديها الأدنى والأعلى. والقوانين الوضعية لا تخرج عن هذين الاتجاهين، فبعضها يسوى بين عقوبة الشروع وعقوبة الجريمة التامة، وبعضها يعاقب على الشروع بعقوبة أخف من عقوبة الجريمة التامة.

لقد توسع فى شرح مبدأ عدم العقاب على ما يُعدّ من الأعمال التحضيرية الذى توصل إليه الفقه العصرى ليؤكد أنه موجود فى شريعتنا قبل ذلك بقرون عديدة، وأن شريعتنا قد سبقت إليه بتقريره منذ عهد الرسالة، كما أوضح ذلك فقيها بإشارته إلى الحديث الشريف المشار إليه (فى البند 251).

ويسرنا أنه قد توسع فى بحث حكم الأعمال التحضيرية وعدم العقاب عليها فى شريعتنا لأنه قصد بذلك إثبات أن هذا المبدأ الذى يتباهى به الفقه والقوانين العصرية ويتوسعون فى الكلام عنه معروف ومقرر فى شريعتنا قبل أن يُعرف لديهم بقرون عديدة.

وهو على حق فى تأكيد سبق شريعتنا للقوانين الوضعية فى تقرير هذا المبدأ.

* * *

ولابد أن نعود لبحث موضوع الظروف المشددة فى دراستنا لأحكام القسم الخاص لكننا نسارع للقول بأنه فيما يتعلق بالحدود والقصاص فإن الجريمة التى تستوجب تلك العقوبات القصوى المقدرة هى التى يتوافر فيها جميع أركانها مضافا إليها ظرف مشدد فى نظرنا. أما فى حالة عدم توافره فتكون العقوبة تعزيرا.

* * *

لكننا لا نوافق على قوله إن ما جرى عليه القانون الوضعى من عدّ سبق الإصرار والترصد ظرفا مشددا يُعدّ استثناء من مبدأ عدم العقاب على الأعمال التحضيرية، بل نرى أنها عوامل أو ظروف إضافية تبرر التشديد، لأنها تدل على تمكن القصد الإجرامى والإصرار على العدوان لدى الجاني مدة طويلة مما يستوجب تشديد العقوبة التعزيرية لكن الترصد وسبق الإصرار ليس جريمة بذاته.

* * *

توسع فى عرض التفرقة بين المذهب الشخصى والمذهب المادى فى الفقه الوضعى بشأن تحديد ما يُعدّ شروعا أم لا، ونحن نرى أنه أمر يختص به القضاء كما أشار لذلك بالنسبة لحكمة النقص المصرية، وإن كان المعيار الذى استنبطه من كتب فقهاءنا يلزم القاضى بأن يراعى عند التفرقة بين الشروع والأعمال التحضيرية ما يُعدّه معصية شرعية وما لا يُعدّه كذلك.

* * *

الشروع في الجرائم الخطيرة يعاقب عليه بعقوبة تعزيرية :

القاعدة التي أشرنا إليها من قبل هي أن شريعتنا تعامل الشروع بحسابه جريمة متميزة، لكن الأصل أن عقوبتها تعزيرية دائماً. ومعنى ذلك أن عقوبة الشروع أخف من عقوبة الجريمة التامة في جرائم الحدود والقصاص. ويجب القول في نظرنا إن المبدأ ذاته يطبق في التعازير، لكن الفارق أن تقدير العقوبة في التعازير كان متروكاً لتقدير القاضي .. فله أن يسوَّى أو لا يسوَّى .. لأن القضاء له حرية أوسع في تقدير العقوبة التعزيرية سواء بالنسبة للجريمة التامة أو الشروع .. وإن كان فقيهما يرى غير ذلك (في البند 251) حيث يقول بأنه يجب تسوية الشروع بعقوبة الجريمة التامة في التعازير.

ولم يتعرض فقهما إلى تحديد الجرائم التعزيرية التي يعاقب فيها على الشروع اكتفاء بترك ذلك لتقدير القاضي ..

وما أشار إليه من أن الشروع في الجرائم الخطيرة ذات العقوبات القصوى المقدرة (الحدود والقصاص) له أحكام خاصة يقابله في القوانين الوضعية أنها تعاقب على الشروع في الجنایات دائماً بعقوبة أخف، ولا تعاقب عليه في الجناح إلا في حالات استثنائية بنص خاص يحدد العقوبة التي يلتزم بها القاضي ..

ولا شك في أنه في حالة التقنين لا بد أن يوضع نص يشير إلى الجرائم التي يعاقب فيها على الشروع لأن الأصل هو عدم العقاب، كما يحدد للقاضي مقدار تلك العقوبة، إن كان أقل من عقوبة الجريمة التامة أو مساوية لها ..

إن استقرار فقهما على عدم تطبيق عقوبات الحدود والقصاص على مجرد الشروع في الجريمة هو قاعدة مهمة، لأن الأصل العام هو أن هذه العقوبات القصوى لا يجرى المشرع التوسع في تطبيقها ويفرض إسقاطها لجرد وجود الشبهة، ومعنى ذلك أن عدم تمام الجريمة أى مجرد الشروع فيها هو في نظر الفقه شبهة تسقط الحد أو القصاص وتوجب الاكتفاء بعقوبة تعزيرية عند الاقتضاء. ونحن نؤيد ذلك.

كما أن ذلك يرجح أنه في حالة تقنين التعازير يحسن أن تكون عقوبة الشروع أقل من عقوبة الجريمة التامة ..

٢٥٢ - أثر عدول الجاني عن الفعل : إذا شرع الجاني في ارتكاب الجريمة، فإذا أتمها فقد استحق عقوبتها. وإذا لم يتمها، فإذا كان يكون أكره على عدم إتمامها، كمن يضبط وهو يجمع المسروقات من محل السرقة، وإذا كان يكون هو الذي عدل مختاراً عن إتمامها. وفي حالة العدول، إما أن يكون العدول لسبب ما غير التوبة، كأن يكتفى الجاني بما فعل، أو يرى أنه ينقصه بعض الأدوات، أو يرى أن يعاود الكرة في وقت آخر مناسب، أو يخشى أن يراه أحد، وإما أن يكون سبب العدول هو توبة الجاني وشعوره بالندم ورجوعه إلى الله. فإذا كان سبب عدم إتمام الجريمة هو إكراه الجاني على ذلك كأن يضطه المجنى عليه أو يصاب بحادث يمنعه من إتمام الجريمة، فإن ذلك لا يؤثر على مسئولية الجاني في شيء، مادام أن الفعل الذي أتمه يُعدّ معصية.

وإذا عدل الجاني عن إتمام الجريمة لأي سبب غير التوبة، فهو مسئول عن الفعل كلما عُذّ الفعل معصية، أي اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد. فمثلاً إذا قصد سرقة منزل فنتقيه أو كسر باب، ثم عدل عن دخوله؛ لأنه رأى الحارس يمر في هذه المنطقة فخشى أن يكتشف الحادث، أو دخل المنزل ثم خرج دون أن يسرق شيئاً؛ لأنه عجز عن فتح خزانة النقود، أو ليأتي بزميل له يعاونه في فتح الخزانة أو يعاونه في حمل المسروقات، فهو في كل هذه الحالات يعاقب بالرغم من عدوله؛ لأنه عدل لسبب غير التوبة؛ ولأن ما وقع منه فعلاً يُعدّ معصية؛ فالتقرب معصية، ودخول منزل الغير دون إذنه معصية، وكسر باب منزل الغير معصية. أما إذا وصل إلى باب المنزل بقصد السرقة ثم عدل لأي سبب وعاد، فإنه لا يعاقب؛ لأن ما فعله لا يُعدّ اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ومن ثم لا يُعدّ معصية، وإذا لم يُعدّ الفعل معصية فلا عقاب.

٢٥٣ - العود للثوبه : أما إذا كان سبب عدول الجاني عن الفعل هو توبته ورجوعه إلى الله، فإن الجاني لا يعاقب على ما فعل،، إذا كانت الجريمة هي جريمة الخراية، وذلك لقوله تعالى : ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾ [المائدة: ٣٤]. فالحارب إذا تاب قبل القدرة عليه سقطت عقوبته بالرغم من أنه أتى الجريمة التامة. وإذا كان هذا هو حكم من أتم الجريمة، فأولى به أن يكون حكم من لم يتمها .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة لجريمة الخراية^(١) إذا حدثت التوبة قبل القدرة على المحارب، فإنهم اختلفوا في أثر التوبة على ما عدا هذه الجريمة، ولهم في ذلك ثلاث نظريات :

الأولى : ويقول بها بعض الفقهاء في مذهب الشافعي ومذهب أحمد. ومجمل رأيهم أن التوبة تسقط العقوبة، وحجتهم في ذلك أن القرآن نص على سقوط عقوبة المحارب بالتوبة، وجريمة الخراية هي أشد الجرائم، فإذا دفعت التوبة عن المحارب عقوبته كان من الأولى أن تدفع التوبة عقوبة ما دون الخراية من الجرائم. وأن القرآن لما جاء بعقوبة الزنا الأولى رتب على التوبة منع العقوبة، وذلك قوله تعالى: ﴿واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ [النساء: ١٦]. وذكر القرآن حد السارق وأتبعه بذكر التوبة في قوله تعالى: ﴿لئن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه﴾ [المائدة: ٣٩]. وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : "التائب من الذنب كمن لا ذنب له". ومن لا ذنب له لا حد عليه. وقال الرسول في معازر لما أخبر به به : "هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه".

ويشترط هؤلاء الفقهاء لسقوط التوبة العقوبة أن تكون الجريمة مما يتعلق بحق الله، أي أن تكون من الجرائم الماسة بحقوق الجماعة كالزنا والشرب، وألا تكون مما يمس حق الأفراد كالقتل أو الضرب. ويشترط بعض هؤلاء الفقهاء شرطا آخر، وهو أن تكون التوبة مصحوبة بإصلاح العمل، وهذا الشرط يقتضي مضي مدة يعلم بها صدق التوبة، ولكن البعض الآخر يكتفى بالتوبة ولا يشترط إصلاح العمل^(٢).

(١) من المتفق عليه أن التوبة تسقط فقط ما يمس حقوقا للجماعة، أما ما يمس حقوق الأفراد فلا يسقط بالتوبة. فالحارب إذا أخذ المال فقط ثم تاب سقطت عنه عقوبة القطع بالتوبة ولكنه يلزم برد المال، وإذا أخذ المال وقتل ثم تاب سقطت عنه عقوبة القتل حدا ولكنه يلزم برد المال ولا تسقط عنه عقوبة القصاص إلا بعفو أولياء القتل.

(٢) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٦، المغنى جـ ١٠ ص ٣١٦، ٣١٧.

ويترتب على الأخذ بهذه النظرية أن تسقط العقوبة عمن يعدل عن إتمام جرمته تأثراً كلما كانت الجريمة مما يمس حقوق الجماعة، أما الجرائم التي تمس حقوق الأفراد فلا يؤدي العدول عن ارتكابها لسقوط العقوبة بحال ولو كان سبب العدول هو التوبة.

النظرية الثانية : وهي نظرية مالك وأبي حنيفة وبعض الفقهاء من مذهبي الشافعي وأحمد، ومجمل رأيهم أن التوبة لا تسقط العقوبة إلا في جريمة الخراية للنص الصريح الذي ورد فيها : «لأن الأصل أن التوبة لا تسقط العقوبة» ، فالله أمر بجلد الزاني والزانية فقال : «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة» [النور: ٢] . فجعل الجلد عاماً للتائبين وغير التائبين، وقال تعالى : «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» [المائدة: ٣٨] . فجعل القطع للتائب وغير التائب . وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بجرم ماعز والغامدية وقطع الذي أقر بالسرقة، وكلهم جاءوا تائبين معترفين على أنفسهم يطلبون أن يتطهروا من ذنوبهم بإقامة الحد عليهم، وقد سمى الرسول فعلهم توبة، فقال في حق المرأة : "لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لو سعتهم"

ويرى هؤلاء الفقهاء أن العقوبة لا تسقط بالتوبة، لأنها كفارة عن المعصية ولا يرون شبهاً بين المحارب وبين غيره من المجرمين حتى يقاس أحدهما على الآخر. فالمحارب شخص لا يقدر عليه فجعلت التوبة مسقطاً لعقوبته إذا تاب قبل القدرة عليه بتشجيعه على التوبة والامتناع عن الإفساد في الأرض. أما المجرم العادي فهو شخص مقدور عليه دائماً، فليس ثمة ما يدعو لإسقاط العقوبة عنه بالتوبة، بل إن العقوبة هي التي تزرجه عن الجريمة، وفضلاً عن ذلك فإن القول بأن التوبة تسقط العقوبة يؤدي إلى تعطيل العقوبات؛ لأن كل مجرم لا يعجز عن ادعاء التوبة^(١). ويترتب على هذه النظرية أن عدول الجاني عن إتمام جرمته تأثراً راجعاً إلى الله لا يمنع عنه العقوبة كلما عدَّ فعله معصية .

النظرية الثالثة : وهي نظرية ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وهما من الحنابلة، وعندهما أن العقوبة تطهر من المعصية، وأن التوبة تطهر من المعصية وتسقط العقوبة في الجرائم التي تمس حقاً لله، فمن تاب من جريمة من هذه الجرائم سقطت عقوبته، إلا إذا

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٦، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٦،

المعنى ج ١٠ ص ٣١٦ .

رأى الجاني نفسه أن يتطهر بالعقوبة، فإنه إذا اختار أن يعاقب عوقب بالرغم من توبته^(١).

ويترتب على هذه النظرية أن من عدل عن إتمام جرمته تابا تسقط عنه العقوبة إذا كانت الجريمة مما يمس حقا لله، أى حقا من حقوق الجماعة، ما لم يطلب الجاني نفسه أن يعاقب. أما إذا كانت الجريمة تمس حقا للأفراد فلا تسقط العقوبة. والقاعدة العامة في القوانين الوضعية هي أن توبة الجاني لا تسقط العقوبة. وهذا يتفق مع نظرية مالك ومن معه. ولكن بعض القوانين الوضعية لا تعاقب الجاني إذا عدل مختارا عن إتمام الجريمة، ومن هذه القوانين القانون المصرى والقانون الفرنسى، وهذا يتفق مع ما يقوله بعض الفقهاء المسلمين من أن التوبة تسقط العقوبة. وبعض القوانين الوضعية لا تخلى الجاني من المسؤولية عن الشروع ولو عدل عن إتمام الجريمة مختارا كالقانون الإنجليزى والقانون الهندى^(٢).

(١) أعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٩٧، ١٩٨.

(٢) يراجع البحث المقارن عن أثر التوبة في الجزاءات الجنائية في القوانين الوضعية والشرعية الإسلامية للأستاذ الدكتور / شكرى الدقاق أضفناه في الجزء الرابع والأخير من المجلد الأول عند حاشيتنا على البند ٥٣٠ فيما بعد.

٢٥٤ - الشروع في الجريمة المستحيلة :- ليس في أقوال الفقهاء ما يشير إلى ما نسميه اليوم بالجريمة المستحيلة. والجريمة المستحيلة كما يعرفها شراح القوانين الوضعية هي التي يستحيل وقوعها؛ إما لعدم صلاحية وسائلها، كمن يطلق على الآخر بقصد قتله بندقية لا يعلم أنها غير معمرة أو أن إبرتها مكسورة، وإما لانعدام موضوعها، كمن يطلق عياراً على ميت بقصد قتله وهو غير عالم بموته . وقد كانت الجريمة المستحيلة محل نظر فقهاء القانون الوضعي ومناقشتهم في القرن الماضي، وكان بعضهم يرى العقاب على الشروع فيها، وبعضهم لا يرى ذلك . أما اليوم، فقد اتجه الرأي إلى إهمال نظرية الاستحالة والأخذ بالمذهب المضاد، وهو المذهب الشخصي، ويقوم على النظر إلى غرض الفاعل وخطورته، فمضى كانت الأفعال التي أتاها تدل صراحة على قصد الفاعل فهو شائع في الجريمة وتجب عليه عقوبة الشروع.

ورأى أصحاب المذهب الشخصي في الجريمة المستحيلة يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، إذ يستوى في الشريعة الإسلامية أن تستحيل الجريمة بالنسبة لوائلها أو موضوعها والغاية منها، فإن ذلك كله لا ينفى مسؤولية الجاني إن كان ما فعله معصية. ولا شك في أن محاولة الجاني الاعتداء على الجنى عليه هي في ذاتها معصية بغض النظر عما إذا كانت المحاولة قد أدت لنتيجتها أم لم تؤد لذلك، وسواء كانت نتيجة المحاولة ممكنة الحصول أو مستحيلة الوقوع؛ لأن المحاولة في كل الأحوال اعتداء على الفرد وعلى أمن الجماعة، وما دامت النية الجنائية قد ظهرت وتجلت في أفعال خارجية أتى بها الجاني بقصد تنفيذ جريمته فهو جاني يستحق العقاب كلما تكون من أفعاله معصية. وإذا كان الفعل لم يلحق أذى فعلاً بالجنى عليه، أو كانت الجريمة قد استحالت تنفيذها، فإن ذلك أمر يترك تقديره للقاضي، فيعاقب الجاني بالعقوبة التي تتلاءم مع قصده وخطورته والظروف التي أحاطت بتنفيذ جريمته .

الأصل أن الشروع يُعدّ جريمة معاقبا عليها إذا كان عدم تمام الجريمة لسبب خارج عن إرادة الجاني لا عن عدوله هو عن إتمامها. والتفصيل الذي توسع في شرحه عن حالة العدول الاختياري من جانب الجاني عن إتمام فعله، واختلافات الفقهاء فيما يترتب عليه، سببه أن شريعتنا تعطي أهمية خاصة للتوبة، والعدول الاختياري عن إتمام الجريمة يُعدّ توبة وتفرض تشجيع المتهمين على ذلك. ونحن نرجح ما توصل إليه ابن تيمية في هذا المجال لأنه يتوسع في إعطاء التوبة أثرها.

وما أشار إليه من الاختلاف في الفقه العصري بين الاتجاه الشخصي الذي يرى العقاب على الشروع في الجريمة المستحيلة والمذهب الآخر الذي يرى عدم العقاب، فإنه في نظرنا متروك للقضاء في شريعتنا. ونحن نرجح عدم العقاب حتى لا نضيع على الجاني فرصة التوبة، التي قُتِمَ بها شريعتنا..

موضوع التوبة له أهمية خاصة في شريعتنا، لأن العقوبات تقرر بقصد إصلاح الجناة والتوبة دليل على استجابتهم للاستقامة وعدولهم عن سلوك طريق الجريمة - وهذا هو ما تريده التعاليم الدينية..

وقد توسع في دراسته للآراء المختلفة في أثر التوبة لا في العقاب على الشروع فقط بل فيما يتعلق بالجريمة التامة، بل وفي العقوبة المحكوم بها بعد صدور الحكم - وهو ما نقدره له - لأن هذا الموضوع من خصائص شريعتنا ومميزاتها حيث إنها شريعة إلهية تعطي للاعتبارات الإنسانية أولوية وعناية لا تصل إليها القوانين الوضعية. وسوف نعود له في كتاب "العقوبة".

من الواضح أن التشجيع على التوبة من أهم ما عيّنت به السنة النبوية، حتى إنها وصلت إلى تقديم النصح للمتهم المعترف بالعدول عن اعترافه والتراجع عنه ليكون ذلك دليلا على توبته. وهذا التوسع في التوبة يتجاهله كثيرون ممن يدّعون أن العقوبات البدنية المقررة شرعا تُعدّ في نظرهم قاسية. وهذا الظن الخاطئ يتجاهل أهمية التوبة التي تؤدي إلى تضيق نطاق هذه العقوبات وتوسيع أسباب امتناعها، وذلك إذا راعينا ما يلي:

1) أن على القاضى والمقنن والفقهاء أن يتخلّوا جميع الأسباب التي تفتح للمتهم طريق التوبة والإنابة - لأن ذلك أنجع في مكافحة الجريمة وإصلاح الجاني والمجتمع من فرض العقوبة المقررة.

أحكام عديدة هدفها تشجيع التوبة :

- 2) أن إعلان المتهم للتوبة وجديته فيها يُعدّ من الشبهات التي يجب على القاضى أن يجعلها سببا لمنع توقيع العقوبة القصوى حداً أو قصاصاً، وأن يكتفى بالتعزير المناسب الذى يشجع التائب على الالتزام بالتوبة والاستقامة عند الاقتضاء .
- 3) أنه فى حالة القصاص يكون التصالح مع المجنى عليه أو ولى الدم دليلاً أكيداً على التوبة والعدول عن طريق العدوان، ولذلك يترتب عليه حتماً سقوط عقوبة القصاص والاكتفاء بالتعزير الذى يراه القاضى مناسباً
- 4) أن التوبة لا تعفى من أداء الحقوق المدنية مثل رد المسروقات أو دفع التعويض المستحق عن كل فعل يضر بالغير .
- 5) أن وقف تنفيذ العقوبة أو فترة الاختبار (PROBATION) يجب عدّها من وسائل تشجيع المتهمين على التوبة، ولذلك فهي تتفق تماماً مع مقاصد شريعتنا وأصولها ولا ضرر من التوسع فيها عملاً .
- 6) ما يسمى الآن بالإفراج الشرطى أو الإعفاء من مدة الحبس فى حالة تحسن سلوك المحكوم عليهم بالعقوبات المقيدة للحرية يدخل أيضاً ضمن الإجراءات التى تشجع على التوبة، وتحقق مقصد شريعتنا من تشريع التوبة

الفصل الثاني الاشتراك في الجريمة

٢٥٥ - صور الاشتراك : قد يرتكب الجريمة فرد واحد، وقد يرتكبوها أفراد متعددون فيساهم كل منهم في تنفيذها، أو يتعاون مع غيره على تنفيذها. وصور المساهمة والتعاون لا تخرج مهما اختلفت عن حالة من أربع : فالحال قد يساهم في تنفيذ الركن المادى للجريمة مع غيره، وقد يتفق مع غيره على هذا التنفيذ، وقد يحرضه عليه، وقد يعينه على ارتكاب الجريمة بشئ الوسائل دون أن يشترك معه في التنفيذ، وكل واحد من هؤلاء يُعدّ مشتركاً في الجريمة سواء اشترك مادياً في تنفيذ الركن المادى للجريمة أو لم يشترك مادياً في تنفيذها .

وللتمييز بين من يشترك مادياً ومن لا يشترك في تنفيذ الركن المادى للجريمة، يسمى من يباشر تنفيذ الركن المادى شريكاً مباشراً، ويسمى من لا يباشر التنفيذ شريكاً متسبباً، ويسمى فعل المباشر الاشتراك المباشر في الجريمة، ويسمى فعل الشريك المتسبب الاشتراك غير المباشر أو الاشتراك بالتسبب . وأساس التفرقة أن الأول يباشر تنفيذ الركن المادى للجريمة فهو شريك في المباشرة، وأن الثاني يتسبب في الجريمة باتفاقه أو تحريضه أو بدله العون ولكنه لا يباشر تنفيذ ركن الجريمة المادى فهو شريك بالتسبب^(١) .

ولعل في التفريق بين الشركاء المختلفين على هذا الوجه ما يزيل اللبس الذى يحدث من تسمية كل واحد من الشركاء بالشريك دون تمييز بين من يباشر الجريمة ومن لم يباشرها، ولعل رجال القانون في مصر أول من يعانى من هذا اللبس حيث جرى الشراح المصريون على تسمية المتسبب والمباشر بالشريك .

(١) شوح الزرقاني جـ ٨ ص ١٠ .

عنى فقهاؤنا بالفرقة بين نوعين من المشاركين فى الجريمة :
أولهما : يسمونه الشريك المباشر، الذى ساهم فى الفعل التقييدى المعاقب
عليه، أى أنه شريك فى الفعل المكوّن للجريمة؛ فهو فى الحقيقة فاعل أصلى؛ ويعبر عنه
فى الفقه الوضعى بأنه "فاعل مع غيره". والمعيار الذى يحدد ذلك هو أننا لو فرضنا أنه
كان يرتكب الجريمة وحده ولم يرتكب سوى هذه المساهمة، فإن جرمته تكون شروعا
معاقبا عليه .

أما النوع الثانى : فيسمونه الاشتراك بالتسبب، وذلك بمجرد قيام شخص
بتسهيل مهمة الفاعل بمساعدته وكذلك بالحريض عليها أو الاتفاق مع الفاعل
الأصلى. ومعيار التفرقة بينه وبين الاشتراك المباشر، هو أنه لو وقف الأمر عند هذا
الحد ولم يبدأ الفاعل فى تنفيذ جرمته فإن مجرد الاتفاق أو التحريض أو المساعدة لا
يعاقب عليه بصفته شروعا لأنه لا يعدّ عملا تنفيذيا⁽¹⁾ . ومع ذلك، ففي هذه الحالة
إذا ارتكب الفاعل الأصلى الجريمة يعاقب المحرض والمتفق بعهده شريكا، لأن الجريمة قد
وقعت فعلا بارتكاب الفاعل الأصلى لها نتيجة لهذا التحريض أو المساعدة أو
الاتفاق.. وفعل الشريك هنا يعاقب عليه لأنه تسبب فى وقوع الجريمة بالتحريض أو
الاتفاق، وسهّل للفاعل الإقدام عليها بالمساعدة، فى حين أن الجريمة لو لم ترتكب فعلا
فإن عمله يكون مجرد عمل تحضيرى لاعتقابه عليه فمستوليته ناتجة عن فعل الفاعل
الأصلى ومرتبطة به، ومساهمته فيه كانت فى نطاق التشجيع أو التحريض أو
المساعدة .

من يسمونه الشريك المباشر فى فقهنّا نؤمّده القوانين العصرية فاعلا فى حالة تعدد
الفاعلين ولا يوصف بأنه مجرد شريك، والنتيجة واحدة .

(1) براجع البند رقم (258) .

٢٥٦ - اهتمام وإقصاء : ويجب أن نلاحظ قبل كل شيء أن فقهاء الشريعة اهتموا بإبراز أحكام الاشتراك المباشر، بينما أهملوا إلى حد كبير أحكام الاشتراك بالتسبب. ولذلك الاهتمام وهذا الإهمال علنان :

العلة الأولى: إن الفقهاء كما ذكر من قبل^(١) قصروا همهم على بيان أحكام الجرائم ذات العقوبات المقدرة، وهي جرائم الحدود والقصاص، لأنها جرائم ثابتة لا تقبل التغير والتعديل، ولأن عقوباتها مقدرة لا تقبل الزيادة أو النقص. أما جرائم التعزير، فلم يهتموا بها ولم يضعوا لها أحكاماً خاصة، لأنها في الغالب جرائم غير ثابتة، تتغير بتغير ظروف الزمان والمكان واختلاف وجهات النظر، كما أن عقوبات التعزير غير ثابتة، فهي تقبل الزيادة والنقص.

العلة الثانية : إن القاعدة للعامة في الشريعة أن العقوبات المقدرة تقع على من باشر الجريمة دون التسبب، وهذه القاعدة مطبقة بدقة عند أبي حنيفة ولكن بقية الفقهاء يستثنون من القاعدة جرائم الاعتداء على النفس وما دونهما، أي جرائم القتل والجرح، وحثتهم في ذلك أن من طبيعة هذه الجرائم أن تقع بالمباشرة والتسبب، وأما تقع كثيراً بالتسبب، فلو طبقت القاعدة على المباشر فقط لامتنع توقيع العقوبة المقدرة على التسبب مع أنه نفذ الركن المادي للجريمة كما فعل المباشر. ويقصر هؤلاء الفقهاء الاستثناء على الشركاء المباشرين، أما الشركاء المتسببون فيخضعونهم للقاعدة العامة . ويترب على القاعدة العامة أن الشريك المتسبب إذا اشترك في جريمة ذات عقوبة مقدرة لم يعاقب بهذه العقوبة؛ لأن العقوبة المقدرة لا تقع إلا على الشريك المباشر فقط. فجريمة الاشتراك بالتسبب هي من جرائم التعازير في كل حال، سواء اشترك الشريك المتسبب في جريمة من جرائم الحدود والقصاص، أو اشترك في جريمة من جرائم التعزير . وهذا يفسر لنا اهتمام الفقهاء بالاشتراك المباشر، وإهمالهم الاشتراك بالتسبب، فقد اهتموا بالاشتراك المباشر؛ لأن الشريك المباشر يعاقب بعقوبة الحد والقصاص إذا ارتكب جريمة من هذا النوع، وقد أهملوا الاشتراك بالتسبب؛ لأن الشريك بالتسبب لا يعاقب بعقوبة الحد أو القصاص، وإنما يعزر، فجريمته دائماً من جرائم التعازير، ولو أنه اشترك في جريمة من جرائم الحدود أو القصاص .

(١) راجع الفقرة ٢٤٨ .

والفقهاء بالرغم مما سبق لم يهملوا الاشتراك غير المباشر إهمالا كلياً، بل تعرضوا له في أثناء بحث الجناية على النفس أو مادونها أى جرائم القتل والجرح؛ لأن هذه الجرائم ترتكب إما مباشرة وإما بالتسبب، والاشتراك غير المباشر نوع من التسبب وما ذكره الفقهاء عن الاشتراك بالتسبب بمناسبة الكلام على القتل والجرح كاف على قلته لاستخراج القواعد العامة التي بنى عليها الفقهاء أحكام هذا النوع من الاشتراك. وسنرى فيما بعد أن هذه القواعد لا تختلف في مجموعها عن قواعد الاشتراك بالتسبب في أحدث القوانين الوضعية.

النتيجة العملية للتمييز بين الاشتراك بالمباشرة والاشتراك بالتسبب في فقهما تظهر في نوع العقوبة ومقدارها - في جرائم الحدود والقصاص - تمثيا مع المبدأ الذي سار عليه الفقه في تضيق نطاق تطبيق هذه العقوبات البدنية المقدرة، إذ إنهم جعلوا مبدأ التسوية بين الفاعل الأصلي والشريك في العقوبة القصوى مقصورا على الشريك المباشر - لأنه في الحقيقة يُعدّ فاعلا مع الفاعل الأصلي في الفقه المعاصر .
أما من يشترك بالتسبب (بالتحريض أو الاتفاق أو بالمساعدة) فالراجح عندهم هو أن عقوبته تكون تعزيرية فقط دائما، مع خلاف بين أي حنيفة وغيره في مدى هذه القاعدة، كما بينه .

ونحن نرجح رأى الفقهاء الذين خالفوا أبا حنيفة وقرروا المساواة في العقوبة بين الشريك بالتسبب والفاعل الأصلي في جرائم القصاص، لأنهما عدوان مباشر على حرمة جسم الإنسان وحياته، ويجب عدم التساهل مع من يحرض عليها أو يتفق مع مرتكبها أو يساعده .. وهذا يُعدّ استثناء من المبدأ الذي سرنا عليه دائما في تضيق نطاق تطبيق القصاص لأنه من العقوبات البدنية، ونظيره في الفقه الوضعي أن الشريك في الجنايات كلها يستحق عقوبتها المقررة للفاعل الأصلي ..

كما نشير إلى ما ذكره (في الفقرة ثانيا من البند 258) من اتجاه الفقه الإسلامي إلى عدّ الشريك بالتسبب فاعلا حقيقيا إذا كان الفاعل الأصلي مجرد أداة في يده بسبب عدم تمييزه أو خضوعه لإرادته وسيطرته - وهذا استثناء آخر له نظير في الفقه الوضعي مثل الاستثناء السابق :

ونحن نوافق على هذين الاستثناءين لاحتنا إلى مزيد من الردع في الجرائم الماسة بسلامة جسم الإنسان وحياته .

٢٥٧- شروط الاشتراك العامة :- والاشتراك سواء كان مباشرا أو غير مباشر له شرطان عامان يجب توافرها لعدّة الاشتراك جريمة، وهذان الشرطان هما :

أولا - أن يتعدد الجناة، فإذا لم يتعددوا فليس هناك اشتراك مباشر، ولا غير مباشر.

ثانيا - أن ينسب إلى الجناة فعل محرم معاقب عليه، فإذا لم يكن الفعل المنسوب إليهم معاقبا عليه فليس هناك جريمة وبالتالي لا اشتراك .

المبحث الأول في الاشتراك المباشر

٢٥٨ - **اشتراك المباشرين** :- الأصل أن هذا النوع من الاشتراك يوجد في حالة تعدد الجناة الذين يباشرون ركن الجريمة المادى، وهو ما تسميه اليوم بتعدد الفاعلين الأصليين أو اشتراك أكثر من فاعل أصلى في الجريمة. ولكن الفقهاء يلحقون بهذا النوع من الاشتراك بعض صور الاشتراك بالنسب ويجعلون حكمها واحدا ولو أن الشريك بالنسب لا يباشر ركن الجريمة المادى بنفسه. وعلى هذا يُعدّ مباشرة للجريمة :
أولا: من يرتكبها وحده أو مع غيره. فمن قتل إنسانا أو سرق متاعه فهو مباشر لجريمة القتل أو السرقة. وإذا اشترك اثنان أو ثلاثة في القتل فأطلق كل منهم عيارا على المحنى عليه فأصابه إصابة قاتلة فكل منهم مباشر لجريمة القتل. وإذا سرقوا من حرز أمتعة لآخر فكل منهم سارق .

مسئولية المباشر في حالتي التوافق والتماثل: يفرق أغلب الفقهاء بين مسئولية الشريك المباشر في حالة التوافق وبين مسئوليته في حالة التماثل. ففي حالة التوافق يسأل كل شريك عن نتيجة فعله فقط، ولا يسأل عن نتيجة فعل غيره، كشخصين ضربا ثالثا فقطع أحدهما يده وقطع الثاني رقبته، فيسأل الأول عن القطع، ويسأل الثاني عن القتل. أما في حالة التماثل فيسأل كل منهما عن القتل .
والتوافق معناه أن تنبج إرادة المشتركين في الجريمة إلى ارتكابها دون أن يكون بينهم اتفاق سابق، بل يعمل كل منهم تحت تأثير الدافع الشخصى والفكرة الطارئة، كما هو الحال في المشاجرات التى تحدث فجأة، فيجتمع لها أهل المتشاجرين دون اتفاق سابق، ويعمل كل منهم بحسب ما تمليه عليه رغبته الذاتية وفكرته الطارئة، ففي هذه الحالة وأمثالها يقال إن بين المشتركين توافقا، ولكن كلا منهم لا يسأل إلا عن فعله فقط، ولا يتحمل نتيجة فعل غيره .

أما التماثل فيقتضى الاتفاق السابق بين الشركاء المباشرين على ارتكاب الجريمة بمعنى أنهم يقصدون جميعا قبل ارتكاب الحادث الوصول إلى تحقيق غرض معين، ويتعاونون في أثناء وقوع الحادث على إحداث ما اتفقوا عليه، فإذا اتفق شخصان على قتل ثالث، ثم ذهبا لتنفيذ الجريمة فضربه أحدهما بسكين فقطع أصبع يده، وذبحه الثاني، فإنهما يُعدّان متماثلين على جريمة القتل، وكلاهما مسئول عن القتل لهذا التماثل .

عوده ولا يفرق أبو حنيفة بين التوافق والتماثل، فحكمهما عنده واحد، والجاني لا يسأل إلا عن فعله فقط^(١)، أما بقية الأئمة فيفرون بين التوافق والتماثل على الوجه الذى سبق بيانه^(٢)، على أن بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى وأحمد يأخذون برأى أبى حنيفة^(٣).

مضى يعد الجاني شريكا مباشرا ؟ : يعد الجاني شريكا مباشرا كلما أتى فعلا يُعد به أنه بدأ فى تنفيذ الجريمة، وهو يُعد كذلك كلما أتى فعلا يُعد معصية قاصدا به تنفيذ الجريمة، فهو يُعد مباشرا للجريمة كلما عُد شارعا فى تنفيذها بتعبيرنا العصرى سواء تمت الجريمة أو لم تتم؛ لأن تمام الجريمة أو عدم تمامها ليس له أثر على عُدّه شريكا مباشرا، وإنما أثره قاصر على العقوبة، فإن تمت الجريمة وكانت حدا وجبت عقوبة الحد، وإن لم تتم وجبت عقوبة التعزير فقط، فإذا كانت الجريمة من جرائم التعزير فالعقوبة هى التعزير فى حالة التمام وعدم التمام.

وقد بينا من قبل أن نظرية الشريعة الإسلامية فى الشروع تتفق مع نظرية أصحاب المذهب الشخصى فى القوانين الوضعية^(٤)، وهى النظرية السائدة فى معظم القوانين التى ينتج عنها إليها معظم الشراح. ونزيد هنا أن نظرية الشريعة فى الشريك المباشر قائمة على نفس الأساس الذى قامت عليه نظرية الشروع، ومن ثم فهى تتفق مع ماتأخذ به معظم القوانين الوضعية الحديثة ومنها القانون المصرى.

ثانيا : يُعد مباشرا للجريمة الشريك المتسبب إذا كان المباشر آلة فى يده يحركه كيف يشاء، ولا خلاف بين الفقهاء على تقرير هذا المبدأ، ولكنهم يختلفون فى تطبيقه. فمن يأمر شخصا غير مميز أو شخصا حسن النية بقتل آخر فيقتله، فإن الأمر يُعد فاعلا مباشرا للجريمة عند مالك والشافعى وأحمد ولو أنه لم يباشر الفعل المادى، لأن المأمور كان أداة فى يد الأمر يحركه كيف يشاء^(٥). أما أبو حنيفة فلا يُعد الأمر

(١) الزيلعى ج ٦ ص ١١٤، البحر الرائق ج ٨ ص ٣١٠.

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٨، ٢١٧، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٣، ٢٦١، تحفة المحتاج ج ٤

ص ١٤، ١٥، حاشية البيهيمى على المنهاج ج ٤ ص ١٤٠، الإقناع ج ٤ ص ٧١.

(٣) المغنى ج ٩ ص ٣٦٦، الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٥، المهذب ج ٢ ص ٧١٦.

(٤) راجع الفقرة ٢٥٠.

(٥) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٨، ٢١٦، المهذب ج ٢ ص ١٨٩، الشرح الكبير ج ٩

ص ٣٤٤، المغنى ج ٩ ص ٣٣١.

مباشراً إلا إذا كان أمره إكراهاً للمأمور، فإن لم يبلغ الأمر درجة الإكراه فهو شريك بالتسبب فقط وليس مباشراً ولا يأخذ حكم المباشر^(١).
وعُدَّ الشريك بالتسبب مباشراً هي نظرية محل خلاف بين القوانين الوضعية وبين الشراح، فمن القوانين والشراح من يأخذ بها ومنهم من لا يأخذ بها، وكان القانون المصري يأخذ بهذه النظرية قبل سنة ١٩٠٤ حيث كان يعاقب الرئيس الأمر بالقتل والقادر على استعمال الوسائل الجبرية بحسابه فاعلاً أصلياً لا شريكاً للفاعل^(٢). أما بعد سنة ١٩٠٤ فقد أصبح القانون المصري يُعَدُّ الأمر شريكاً كما هو ظاهر النص، ولكن المحاكم المصرية لا تزال مع ذلك على عدَّ الشريك التسبب مباشراً متأثرة في هذا بقوة النظرية ورجوح رأى مؤيديها، فكأن المحاكم المصرية تأخذ اليوم في هذه المسألة بنظرية الشريعة الإسلامية.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٠

(٢) راجع المادتين ٢٢٤، ٢٢٣ من قانون العقوبات المصري الصادر في سنة ١٨٨٣.

الشرط الأول الذى ذكره من الشروط العامة للعقاب على الاشتراك بنوعيه واضح وبديهي. أما الشرط الثانى، فإنه يحتاج إلى توضيح أكثر، لأن العقوبة فى الاشتراك إنما هى مستمدة من الصفة الإجرامية للفعل الأصلي الذى يعاقب عليه الفاعل للجريمة، عليه فإن انتفاء صفة الجريمة عن الفعل الذى ارتكبه الفاعل الأصلي يستلزم حتماً انتفاء صفة الجريمة عن شركائه سواء كان اشتراكهم بالمباشرة أو بالتسبب .

* * *

التمالؤ أقوى من مجرد التوافق، لأن فيه قصد التعاون على تحقيق نتيجة معينة يقصدها الطرفان، فهما يتحملان مسئوليتها بالتساوى ولو كان الفعل الذى أدى إليها منسوباً لأحدهما لأن الآخر كان متفقاً على ذلك ومساعداً له وقاصداً أن يرتكب الفعل بنفسه لو اقتضى الأمر ذلك، ولذلك فإن الجريمة دخلت ضمن قصده الاحتمالى .

فى الفقرة أولاً : نرى أن رأى أبى حنيفة فى عدم التفرقة فى العقوبة بين حالة الشريك المباشر بالتوافق أو التمالؤ، هو الذى أخذ به التشريع المصرى الحالى فى وضع نص خاص بجرائم التجمهر حيث يعاقب من يشاركون فى التجمهر على الجريمة التى يرتكبها أحدهم ولو لم يساهوا فيها مباشرة .

ولكن فى غير هذه الحالة فإننا نرجح التفرقة التى يأخذ بها الفقهاء الآخرون الذين يرون أن الشريك بالتوافق ليس مسئولاً عن فعل غيره لأنه لم يكن لديه قصد المشاركة .

وتعليل العقوبة على الشريك فى الفعل فى حالة التمالؤ، هو أن وقوع الجريمة يدخل فيما يسمى "القصد الاحتمالى". فكل من يمالئ غيره فى العدوان يجب أن يتوقع أن يؤدى فعل الغير إلى نتائج خطيرة، ولذلك يعدونها دخلت فى نطاق القصد الاحتمالى .

وفى الفقرة ثانياً : نؤيد قوله إنه يرجح ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أن الشريك بالتحريض أو الاتفاق يُعَدُّ فاعلاً (أى شريكاً بالمباشرة) إذا كان الفاعل الأصلي مجرد آلة فى يده لكونه غير مميز أو لأنه خاضع لإرادته أو سيطرته ..

٢٥٩- عقوبة المباشرين : القاعدة في الشريعة أن تعدد الفاعلين لا يؤثر

على العقوبة التي يستحقها كل منهم لو كان قد ارتكب الجريمة بمفرده. فعقوبة من اشترك مع آخرين في مباشرة جريمة هي نفس العقوبة المقررة لمن ارتكب الجريمة وحده، ولو أن الجاني عند التعدد لا يأتي كل الأفعال المكونة للجريمة .

٢٦٠- أثر ظروف المباشرة على العقوبة : وإذا كانت عقوبة الجريمة واجبة على كل مباشر وإن اشترك مع غيره، إلا أن عقوبة كل مباشر تتأثر بظروفه الخاصة. والأصل في ذلك أن العقوبة المستحقة على كل جان تتأثر بصفة الفعل وصفة الفاعل، وقصد الفاعل. فقد يكون الفعل بالنسبة لأحد الجناة اعتداء، وبالنسبة للثاني دفاعاً لصلال أي دفاعاً شرعياً. وبالنسبة للثالث تأديباً. وقد يكون أحد الفاعلين مجنوناً، وأحدهم عاقلاً، وقد يكون أحدهم عامداً، وأحدهم مخطئاً. وكل هذا يؤثر على العقوبة؛ فمن كان في حالة دفاع أو تأديب لا عقاب عليه إذا لم يجاوز حد الدفاع أو التأديب، ومن كان مجنوناً فلا عقاب عليه، بخلاف العاقل المميز، ومن كان مخطئاً نزلت عقوبته عن عقوبة العاقل.

٢٦١- لعل تتأثر عقوبة الشريك بظروف شريكه : القاعدة في الشريعة أنه إذا تأثرت عقوبة أحد الشركاء لصفة في الفعل، أو لصفة في الفاعل أو لقصد الفاعل، فإن عقوبة الشريك الآخر الذي لم تتوافر له هذه الصفات لا تتأثر بفعل غيره أو صفته أو قصده. فإذا جرح شخص آخر دفاعاً عن نفسه، وتعهد ثالث جرحه بقصد قتله، فمات من الجرحين، فإن الجاني الأول يعفى من العقاب؛ لأن وجوده في حالة دفاع شرعي أباح له الفعل، ويعاقب الثاني بعقوبة القتل العمد؛ لأن فعله عدوان متعمد، ولا يؤثر على عقوبته أنه اشترك في القتل مع من يباح له القتل؛ لأن إعفاء الأول كان لصفة في فعله لم تتوافر في فعل الثاني. وإذا اشترك مجنون مع عاقل في ارتكاب جريمة، أعفى الأول من العقوبة لجنونه، وعوقب الثاني بالعقوبة المقررة للجريمة دون أن يكون للإعفاء الأول أثر على عقوبة الثاني، إذ الإعفاء أساسه معنى أو صفة توافرت في الأول ولم تتوافر في الثاني. والأب حين يشترك مع غيره في قتل ولده لا يقتص منه، ولكن الغير يقتص منه؛ لأن أساس إعفاء الأب صفة الأبوة في الأب، وهي صفة خاصة به لا تتوافر في شريكه فلا يستفيد منها الشريك. والعاقل والمخطئ إذا اشتركا في جريمة قتل عوقب كل منهما على أساس قصده، فعلى العاقل عقوبة العمد، وعلى المخطئ عقوبة الخطأ، ولا تتأثر عقوبة الأول بتخفيف عقوبة الثاني؛ لأن أساس التخفيف انعدام قصد الجاني وهو معنى لا يتوافر في العاقل^(١).

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٨، ٢١٩، بدائع الصانع ج ٧ ص ٤٣٩، البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠١، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٢، وما بعدها، المهذب ج ٢ ص ٢٩٧، المغني ج ٩ ص ٣٧٣، ٣٧٩، وما بعدها.

هذه هي القاعدة الأساسية في الشريعة الإسلامية، ولا خلاف عليها بين الفقهاء. وإذا كانوا قد اختلفوا عند تطبيق القاعدة على جرائم الحدود والقصاص، فإن الخلاف ليس في الواقع على تطبيق هذه القاعدة، وإنما الخلاف على تطبيق قاعدة أخرى هي قاعدة درء الحدود بالشبهات. كما أن الخلاف محصور في الحالات التي يحتمل فيها أن يكون فعل أحد المباشرين هو الذي أدى إلى النتيجة المعاقب عليها دون فعل الآخر أو الآخرين، كحالة القتل من مخبط وعامد ومن مدافع ومعتد، ومن مجنون وعاقل، ومن صبي وبالغ، ومن عمل الطبيب وعدوان الجاني. اختلفوا في هذه الحالات وأمثالها؛ لأن فعل الشريكين أدى للقتل، ومن المحتمل أن يكون فعل أحدهما هو الذي أدى للقتل دون فعل شريكه، فرأى البعض في قيام هذا الاحتمال شبهة درأ على أساسها الحد عن الشريك الآخر، ورأى البعض أن لا شبهة فلم يدرأ الحد وعاقب كلا بعقوبته المستحقة عليه. فالخلاف إذن ليس على القاعدة الأصلية، وإنما هو على قاعدة درء الحدود بالشبهات، وإن كانت النتيجة العملية عند من يدرأ الحد أن الشريك يتأثر بظروف شريكه عملاً سواء كانت هذه الظروف قائمة على صفة الفعل أو صفة الفاعل أو قصده. ونظرية الشريعة في عدم تأثر عقوبة الشريك المباشر بظروف شريكه تتفق تمام الاتفاق مع النظرية التي أخذ بها قانون العقوبات المصري، وهي النظرية السائدة في القوانين الوضعية. فالقانون المصري ينص على أنه "إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له، فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم. وكذلك الحال إذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها"^(١).

(١) راجع المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصري

حالة تعدد المباشرين (الفاعلين الأصليين في جريمة واحدة) كانت محل نقاش طويل في فقهاء؛ وانتهى الجمهور إلى ترجيح قتل الجماعة بالواحد طالما أنهم جميعا شاركوا بالمباشرة. وكان سبب الجدل في هذا الصدد هو أن القصاص يقتضى التماثل بين الجريمة والعقوبة. فقد ظن البعض أنه مادام الجنى عليه المقتول واحدا، فإن قتل جماعة قصاصا يحل بمبدأ التماثل بين الجريمة والعقوبة. وهذا الرأي له وجهته في العصر الحاضر، ويؤيده من يطالبون بإلغاء عقوبة الإعدام، لأنه يقلل من حالات الحكم بما قصاصا. ولكن يبقى التعزير واجبا في جميع الأحوال، إذا امتنع القصاص طبقا لهذا الرأي.

* * *

أهم الصفات الشخصية هي ما يتعلق بالمسئولية، لأنه قد يكون هناك موانع مسئولية أو موانع عقوبة خاصة بأحد المشاركين. وهنا لا يتأثر بها الآخرون سواء كانوا فاعلين أو شركاء، أى مباشرين أو متسببين، لأن أثرها لا يمتد إليهم. فلو ثبت أن أحد الفاعلين (الشركاء المباشرين) كان مجنوناً أو ناقص الأهلية لسبب من الأسباب، أو توافر لديه قصد لم يتوافر لدى غيره، أو كان في حالة دفاع شرعى لا شأن لغيره بها، فلا يتأثر هذا الغير بها.

وتحفظه المتعلق بمراعاة مبدأ درء الحدود بالشبهات وضرورة التسرع فيه هو في محله، ولا يجوز تجاوز هذه القاعدة في جرائم الحدود بل والقصاص كذلك.

المبحث الثاني فى الاشتراك بالتسبب

٢٦٢ - **عُودَه** الشركاء التسببون : يُعَدُّ شريكا متسببا من اتفق مع غيره على ارتكاب فعل معاقب عليه، ومن حرض غيره أو أعانه على هذا الفعل. ويشترط فى الشريك أن يكون قاصدا للاتفاق أو التحريض أو الإعانة على الجريمة .

٢٦٣ - شروط الاشتراك بالتسبب : ويستخلص مما سبق أن الاشتراك بالتسبب لا يوجد إلا إذا توافرت ثلاث شروط : أولها، فعل معاقب عليه هو الجريمة . وثانيها، وسيلة لهذا الفعل، وهى اتفاق أو تحريض أو إعانة . وثالثها، أن يكون الشريك قاصدا من وسائله وقوع الفعل المعاقب عليه . وستكلم على هذه الشروط واحدا بعد الآخر فيما يلى :

الشرط الأول : الفعل المعاقب عليه : يشترط لوجود الاشتراك أن يكون هناك فعل معاقب عليه، وأن يقع هذا الفعل. وليس من الضرورى أن يقع الفعل تاما، بل يكفى لمؤاخذه الشريك أن يكون الفعل غير تام أى شروعا معاقبا عليه. وليس من الضرورى أن يعاقب الفاعل المباشر ليعاقب الشريك، فقد يكون المباشر حسن النية فلا يعاقب ويعاقب الشريك، وقد يعفى الفاعل من العقوبة لصغره أو لجنونه ويعاقب الشريك .
الشرط الثانى : يجب أن يكون الاشتراك باتفاق أو تحريض أو إعانة :

أ - الاتفاق : يفرق أغلب الفقهاء كما ذكرنا^(١) بين التوافق والاتفاق أى التماثل. فالتوافق هو توافر خواطر أكثر من شخص على ارتكاب جريمة ما دون اتفاق فيما بينهم. ولا يُعَدُّ (التوافقون) شركاء بالتسبب، وإنما يمكن عدُّهم شركاء بالمباشرة إذا ارتكبوا الفعل المحرم .

أما الاتفاق، فيقتضى تفاهما سابقا على ارتكاب الجريمة بين الشريك المتسبب والشريك المباشر، كما يقتضى اتجاها إرادتهما واتحادهما على ارتكاب الجريمة. فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق، فلا اشتراك. وإذا كان هناك اتفاق سابق ولكن على غير الجريمة التى ارتكبت، فليس هناك اشتراك. فمن اتفق مع آخر على سرقة جاموسة شخص معين فذهب المباشر وضرب صاحب الجاموسة أو سرق جاموسة شخص آخر، فلا اشتراك. ولكن انعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق مستقلا؛ لأنه معصية .

(١) راجع الفقرة ٢٥٨ .

ولقيام الاشتراك يجب أن تقع الجريمة نتيجة للاتفاق. فإذا وقعت الجريمة المتفق عليها ولكن لم يكن وقوعها نتيجة الاتفاق، فلا اشتراك. فمن اتفق مع آخر على قتل ثالث، وبعد اتفاقهما وقبل حلول الموعد المحدد لارتكاب الجريمة علم الثالث بما دبر له؛ فذهب إلى الموكل بمباشرة الجريمة وحاول أن يقتله، فقتله الآخر دفاعاً عن نفسه، فلا مسئولية على المباشر؛ لأنه كان في حالة دفاع عن النفس، ولكنه هو ومن اتفق معه مسئولان عن اتفاقهما على ارتكاب جريمة القتل ولو لم تنفذ هذه الجريمة؛ لأن الاتفاق على ارتكاب الجريمة معصية في ذاته سواء وضع موضع التنفيذ أو لم يوضع.

نظرية مالك : و يُعَدُّ مالك من اتفق مع آخر على ارتكاب جريمة وحضر في أثناء ارتكابها أنه شريك مباشر لا شريك متسبب، ولو أنه لم يباشر الجريمة ولم يُعِنَ المباشر إذ كان بحيث إذا لم يباشرها غيره باشرها هو. وهذه نظرية مالك في الشريك المتسبب على الإطلاق، سواء كانت وسيلة التسبب الاتفاق أو التحريض أو الإعانة^(١). ويفرد مالك بهذه النظرية فلا يوافقها عليها غيره من الفقهاء.

ب - التحريض : يقصد بالتحريض إغراء المجنى عليه بارتكاب الجريمة. والمفروض أن يكون الإغراء هو الدافع لارتكاب الجريمة. فإذا كان من وجه إليه الإغراء سرتكب الجريمة ولو لم يكن إغراء ولا تحريض، فلا يمكن القول بأن التحريض هو الذي دفع الجاني للجريمة. وسواء كان للتحريض أثر أو لم يكن، فإنه يجوز طبقاً لقواعد الشريعة العقاب على التحريض مستقلاً؛ لأن التحريض على ارتكاب الجريمة معصية وأمر ياتيان المنكر.

و يُعَدُّ تحريضاً: الأمر بالقتل، والإكراه على القتل. والفرق بين الأمر والإكراه أن الأمر لا يؤثر على اختيار المأمور فيكون في وسعه أن يأتي الجريمة أو يتركها، أما الإكراه فليس كذلك؛ لأن الإكراه يؤثر على اختياره وليس في وسعه أن يختار إلا بين شيئين : إما إتيان الجريمة، وإما قبول ما يهدد به والصبر عليه.

وإذا كان الأمر ذا سلطان على المأمور كسلطان الأب على ولده الصغير والمعلم على تلميذه، فقد يبلغ الأمر درجة الإكراه. وإذا لم يكن المأمور صغيراً ولا معتوهاً ولا مجنوناً، ولم يكن للأمر عليه سلطان فليس الأمر إلا تحريضاً عادياً قد ينتج أثره وقد لا ينتج.

ويُفَرَّقون في حالة وجود سلطان للأمر بين المميز وغيره. فإن كان المأمور غير مميز، ولا يمكنه أن يخالف الأمر فهو أداة للأمر ولو أنه يباشر الجريمة، و يُعَدُّ الأمر هو المباشر لها ولا يُعَدُّ في هذه الحالة شريكاً بالتسبب^(٢).

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢.

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٦، ٢١٨، المهذب ج ٢ ص ١٨٩، المغني ج ٩ ص ٣٣١.

بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٠.

عَوْدُهُ ويرى مالك أن المحرض إذا حضر في محل الجريمة في أثناء مباشرتها يُعَدُّ فاعلاً أصلياً سواء ساعد المباشر أو لم يساعده، بشرط أن يكون بحيث إذا لم يباشر غيره الجريمة يباشرها هو .

ج - الإعانة : يُعَدُّ شريكاً في الجريمة بالنسب من أعان غيره على ارتكابها ولو لم يتفق معه على ارتكابها من قبل. فمن يرقب الطريق للقاتل أو السارق يُعَدُّ معيناً له، ومن يستدرج الخنثى عليه لخل الحادث ثم يتركه لغيره يقتله أو يسرقه فهو معين للقاتل أو السارق، ومن ينتظر خارج محل السرقة لمساعد الجاني أو الجناة في نقل المسروقات يُعَدُّ معيناً لهم .

ويعزى الفقهاء بين المباشر والمعين. فالمباشر هو الذي يأتي الفعل المحرم أو يحاول إتيانه. أما المعين فلا يباشر نفس الفعل ولا يحاول مباشرته، وإنما يعين المباشر بأفعال لا صلة لها بذات الفعل المحرم ولا يُعَدُّ تنقيذاً لهذا الفعل .

وقد اختلف الفقهاء في حكم من أمسك إنساناً ليقضه ثالث. فرأى البعض أن الممسك شريك معين وليس مباشراً للقتل، وهو رأي أبي حنيفة والشافعي، ورأى في مذهب أحمد؛ وحجتهم أن الممسك إذا كان تسبب بفعله في القتل إلا أن الآخر هو الذي يباشره، والمباشرة تغلب على السبب إذا لم يكن ملجئاً. ورأى البعض أن الممسك والقاتل كلاهما مباشر للقتل، وهذا رأي مالك والرأي الثاني في مذهب أحمد؛ وحجتهم أن القاتل يباشر القتل والممسك تسبب فيه، وأن المباشرة والسبب تساويا في إحداث نتيجة الفعل وهي القتل، ولم يكن في الإمكان أن تحدث هذه النتيجة لو لم يكن أحد الفعلين^(١) .

والخلاف بين الفقهاء لا يرجع إلى عدّه هذا معينا وذلك مباشراً، فلا خلاف بينهم في تعريف المعين والمباشر، وإنما الخلاف يرجع إلى تطبيق القواعد التي تبين الطريقة التي ارتكبت بها الجريمة، وهل هي المباشرة أو التسبب^(٢) . هذه القواعد تلخص في أن المباشرة إذا اجتمعت مع السبب لا تخرج عن حالات ثلاث :

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧، البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٥، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٤،

الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٣٣ .

(٢) راجع الفقرة ٣١٤ وما بعدها .

الأولى : أن يتغلب السبب على المباشرة، ويحدث ذلك إذا لم تكن المباشرة عدوانا، كشهادة الزور على المتهم بالقتل والحكم عليه بناء على هذه الشهادة .

الثانية : أن تتغلب المباشرة على السبب، ويكون ذلك كلما قطعت المباشرة عمل السبب ولم يكن السبب ملجئا، كمن ألقى بآخر في لجة لا تستطيع النجاة منها فلقية ثالث في اللجة فقتله .

الثالثة : أن يعتدل السبب والمباشرة، ويكون ذلك كلما تساوى عملهما كالإكراه على القتل. فإن المكره هو الذي يحرك المباشرة ويحمّله على ارتكاب الحادث، ولولا الأول لما فعل الثاني شيئا، ولولا فعل الثاني ما أدى الإكراه للقتل .

فالاخلاف واقع في تطبيق هذه القواعد لا في غيرها. إذ المسك يُعَدُّ متسببا في القتل والثاني مباحرا له، فقد اجتمعت إذن مباشرة وتسبب. فمن عَدَّ المسك شريكا مباشرا فقد رأى أن المباشرة اعتدلت مع السبب وتساوى عملهما، ومن عَدَّ المسك شريكا بالتسبب فقد رأى أن المباشرة تغلبت على السبب، وأن عمل المسك يُعَدُّ إغانة على القتل لا مباشرة له.

ويُعَدُّ مالك المعين شريكا مباشرا في حالة التماثل على الجريمة، أى في حالة الاتفاق السابق على الجريمة إذا حضر المعين محل الحادث، أو كان على مقربة منه، بحيث لو استعين به على ارتكاب الجريمة لم يتأخر عن ارتكابها. فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق على الجريمة، وإذا حضر المعين محل الحادث ولم يكن على استعداد لارتكاب الجريمة لو استعين به، فهو شريك بالتسبب فقط. أما بقية الفقهاء فيُعَدُّون المعين شريكا بالتسبب في كل الحالات مادام أنه لم يباشر تنفيذ الجريمة .

الشرط الثالث : أن يكون الشريك قاصدا من وسائله وقوع الفعل المعاقب عليه . ويشترط أن يقصد الشريك من اتفائه أو تحريضه أو عونته وقوع جريمة معينة، فإن لم يقصد جريمة بعينها فهو شريك في كل جريمة تقع ما دامت تدخل في قصده المحتمل. فإذا لم يقصد الشريك جريمة ما، أو قصد جريمة معينة فارتكب الجاني غيرها فلا اشتراك. فمن أعطى إنسانا فأسا ليعزق بها أرضه فقتل بها آخر، فلا يُعَدُّ أنه أعان القاتل على القتل. ومن حرض إنسانا على ضرب آخر فأتلف زراعته لا يُعَدُّ شريكا في جريمة الإتلاف. على أن

عدم مسؤولية المخرض بحسابه شريكا لا يمنع من مسؤوليته عن التحريض على الضرب ولو لم تقع الجريمة المخرض عليها؛ لأن التحريض في ذاته معصية أى جريمة .

٢٦٤- علاقة السببية بين الاشتراك والجريمة : لا يُعَدُّ الاشتراك موجودا إلا إذا كان بينه وبين وقوع الجريمة علاقة سببية مباشرة. فإذا كانت وسيلة الاشتراك هي الاتفاق وجب أن تقع الجريمة نتيجة لهذا الاتفاق، فإن لم تكن الجريمة نتيجة الاتفاق فلا اشتراك. وإذا كانت وسيلة الاشتراك التحريض وجب أن تقع الجريمة نتيجة التحريض، فإن وقعت نتيجة لغير التحريض أو لم يكن للتحريض أثر في نفس المباشر فلا اشتراك. ويجب أن يكون بين الإعانة ووقوع الجريمة علاقة سببية، فمن استدريج إنسانا إلى مكان معين ليقتله آخر فلم يجد القاتل في المكان المتفق عليه فتركه يعود لمزله، ثم جاء الجاني بعد ذلك فلما علم بما حدث ذهب إلى المخني عليه وقتله في منزله، ففي هذه الحالة لا يسأل المعين بعَدّه شريكا لانعدام علاقة السببية بين فعله ووقوع الجريمة. وانعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض والإعانة بعَدّها معاصي، أى جرائم مستقلة بذاتها، ولا يتوقف العقاب عليها على تنفيذ الجريمة التي قصدت منها .

الشروط الثلاثة للاشتراك بالتسبب تشير إلى ضرورة توافر الركن المادى للجريمة التى ارتكبتها الفاعل الأسمى، مع وجود فعل ارتكبه الشريك بمساعدته للفاعل أو الاتفاق معه عليه أو تحريضه، وأن يكون لديه قصد جنائى لأن الاشتراك كالشروع لعقاب عليه إلا فى الجرائم العمدية .

وقد أشار إلى تفصيل دقيق فيما يخص التحريض. فقد عُدَّ فقهاؤنا جريمة مستقلة يمكن التعزير عليها حتى ولو لم يترتب عليها قيام أحد بتنفيذ الفعل الإجرامى، وذلك لخطورة الدعوة للجرائم واحتمال وقوع الفعل نتيجة لهذه الدعوة. وبذلك، يعاقب المحرض على مجرد الاحتمال لما يترتب عليه من تعريض المجتمع لوقوع الجرائم .

وهناك موضوع آخر سبق أن أشار إليه؛ وهو عُدَّ المحرض فاعلا للجريمة مع الفاعل الأسمى لا مجرد شريك له فى حالة ما إذا كان الفاعل خاضعا لسيطرته لكونه غير مميز أو تابع له خاضع لسلطته.

وقد بلغ من دقة فقهاءنا أن الإمام مالكا يفرق بين درجات التحريض، فيرى أن حضور المحرض فى مكان الجريمة فى أثناء ارتكابها يجعله فاعلا (مباشرا) وليس مجرد شريك بالتحريض متى تبين أن حضوره كان للتأكد من تنفيذ الجريمة بحيث إذا تردد من حرضه أو تراجع عن ارتكابها باشرها هو بنفسه ..

وهناك تفصيلات أخرى أشار إليها تؤكد مدى ما وصل إليه الفقه من دراسة صور مختلفة من المساعدة وعُدَّ بعضها دليلا على المباشرة التى تجعل المساعد فاعلا (بالمباشرة).

وهنا ملاحظة مهمة (فى نهاية البند 264) تستحق التأمل والإنصاف. ذلك أنه سبق له أن بين أن المبدأ الذى سار عليه فقهاءنا هو أن الاشتراك يعاقب عليه كجريمة تعزيرية متميزة (مثل الشروع أيضا)، وهذا المبدأ مكنتهم من التمييز بين درجات مختلفة من التحريض ومن المساعدة؛ وعُدَّ بعضها نوعا من المشاركة يجعل المسئول عنها فاعلا لا مجرد شريك للفاعل الأسمى بلغة القانون المعاصر .

إن الفقه الوضعى المعاصر يسير على مبدأ مختلف إذ إنه يَعدُّ مسئولية الشريك فى جميع الصور تابعة لمسئولية الفاعل الأسمى، ولذلك يطبَّق عليه مبدأ واحد فى الأحوال التى يفرق القانون فيها بين عقوبة الفاعل والشريك، ويجعلون عقوبة الشريك أخف من عقوبة الفاعل الأسمى فى كثير من الأحوال .

إن عدّ الاشتراك معصية في ذاته مكن فقهاءنا من إجازة التعزير على المخرض أو المساعد حتى ولو ثبت أنه لا توجد علاقة سببية بين فعله وبين تنفيذ الجريمة فعلا، متى تبين أن ما قام به كان معصية وكان كافيا للتدليل على قصده وسلوكه الإجرامى.

ثم إن عدّ الاشتراك جريمة تعزيرية يقسح للقاضى المجال في تقدير عقوبة كل محرض وكل مساعد على الجريمة مراعى في ذلك أهمية ما قام به في الجريمة ومدى دلالتها على القصد الإجرامى ودوره في المشروع الذى أدى إلى ارتكاب الجريمة . وهذا المبدأ الشرعى يمكن القاضى من فرض عقوبة مناسبة مهما قلّت على من بدرت منه أعمال التحريض أو المساعدة ولو كانت تافهة، لأن في إمكانه أن يجعل الجراء في أدنى درجات التعزير، مثل التأنيب والتوبيخ وما إلى ذلك من صور التعزير التى يمكن وصفها بأنها مجرد تأديب وليست عقوبة جنائية.

٢٦٥ - هل يكون الاشتراك بعمل سلبى؟ : وسائل الاشتراك هي

الاتفاق والتحريض والإعانة. والاتفاق والتحريض وسيلتان إيجابيتان بطبيعتهما، ولا يتصور نسبة الاتفاق والتحريض لمن لم يتفق ومن لم يحرض. أما الإعانة، فتمتثل بطبيعتها أن تكون سلبية، كمن رأى جماعة يسرقون منزلا فسكت عنهم، أو رآهم يقتلون آخر فلم يمنعهم عنه، أو رأى رجلا يلقي بصغير لا يحسن العوم في نهر فلم يمنع ولم ينقذ الصغير. فهل يُعَدُّ السكوت في هذه الأحوال وأمثالهإعانة يؤاخذ عليها أم لا؟ أغلب الفقهاء لا يرون في هذه الحالات وأمثالهإعانة لمن باشر الجريمة؛ لأن السكوت، وإن أمكن عذره عونا من الناحية الأدبية، إلا أنه لا يمكن عذره اشتراكا بالنسب وإعانة على الجريمة من الناحية الشرعية، إذ الإعانة المعاقب عليها تقتضى التفاهم بين المعين والمباشر، كما تقتضى أن يقصد الشريك من إعانته حدوث الجريمة، وأن تؤدى الإعانة إلى حدوثها. والسكوت على المجرمين في حالة من يرى جريمة ترتكب فلا يمنع من ارتكابها، السكوت في هذه الحالة لا يقوم على تفاهم، وإنما قد يكون نتيجة الخوف أو عدم المبالاة. كما أن الساكت لا يقصد من سكوته حدوث الجريمة، وليس بين سكوته وبين ارتكاب الجريمة علاقة سببية التى يجب توافرها بين عون المعين ووقوع الجريمة. ولكن بعض الفقهاء لا يأخذون بهذا الرأى، ويفرقون بين القادر على منع الجريمة، ومن لا يقدر على منعها. فأما من يقدر على منع الجريمة أو إنجاء الجنى عليه من الهلكة، فهو مسئول جنائيا عن سكوته، ويُعَدُّ مشاركا في الجريمة وعينا للجناء، وأما من لا يقدر على منع الجريمة أو إنجاء الجنى عليه من الهلكة فلا مسئولية عليه إذا سكت، ولا يُعَدُّ معينا على الجريمة حيث لم يكن في إمكانه أن يفعل شيئا، والله لا يكلف نفسا إلا وسعها^(١).

٢٦٦ - عدول الشريك وأثره : إذا عدل الشريك عن اتفاقه مع المباشر أو تحريضه له، أو عدل عن تقديم العون إليه، ثم وقعت الجريمة بالرغم من ذلك، فمن السهل في حالة الاتفاق والإعانة إعفاء الشريك من عقوبة الجريمة التى وقعت؛ لأن ما حدث منه لم يكن سببا في وقوع الجريمة، أما في حالة التحريض فمن الصعب القول بإعفاء الشريك من العقاب، إلا إذا أثبت المحرض أنه أزال كل أثر لتحريضه، وأن المباشر ارتكب الجريمة وهو غير متأثر بتحريض الشريك. على أن هذا لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض بحسبان كل منهما معصية في ذاته وبغض النظر عن الجريمة التى وقعت، كما أن هذا لا يمنع من العقاب على العون الذى قدم كلما كان معصية.

(١) المعنى جـ ٩ ص ٥٨٠، ٥٨١.

المقدرة جعلت لمباشرة الجريمة دون الشريك المتسبب. وتطبيق هذه القاعدة يقتضى أن من اشترك في جريمة من جرائم الحدود أو القصاص لا يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة أيا كانت وسيلة الاشتراك، أى سواء كان الاشتراك بالاتفاق أو التحريض أو العون، وإنما يعاقب بالتعزير.

والعلة في اختصاص هذه القاعدة بجرائم الحدود والقصاص أن العقوبات المقررة لهذه الجرائم بالغة الشدة، وأن عدم مباشرة الشريك المتسبب للجريمة يُعدّ شبهة تدرأ عنه الحد؛ ولأن الشريك المتسبب أيا كان الحال أخف جرما وأقل خطرا من مباشر الجريمة، ومن ثم لم تستو عقوبتهما.

لكن إذا كان فعل الشريك المتسبب بحيث يجعله في حكم المباشر، كما لو كان المباشر مجرد أداة في يد الشريك المتسبب، فإن الأخير يعاقب في هذه الحالة بعقوبة الحد أو القصاص؛ لأنه يُعدّ شريكا مباشرا لا شريكا متسببا.

وقد عرفنا نظرية مالك التي تُعدّ الشريك المتسبب أيا كانت وسيلة الاشتراك شريكا مباشرا إذا حضر تنفيذ الجريمة، وكان بحيث إذا لم ينفذها غيره نفذها هو، أو اشترك مع غيره في تنفيذها. وبمقتضى هذه النظرية، يعاقب الشريك المتسبب بعقوبة الحد والقصاص كلما عُدّ شريكا مباشرا.

أما جرائم التعازير، فنستطيع أن ننظر إليها من وجهين :

١ - فإذا قسناها على جرائم الحدود والقصاص، وجب ألا نسوى بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب، ووجب أن نجعل عقوبة الأخير أخف من عقوبة الأول. ويمكن تعليل هذا الرأي بأن القواعد التي تنطبق على جرائم الحدود والقصاص، هي نفس القواعد التي تنطبق على جرائم التعازير في الغالب، وأن الشريك المتسبب أقل خطرا وأخف جرما من الشريك المباشر، فلا معنى للتسوية بين مختلفين .

٢ - وإذا قلنا : إن القاعدة خاصة بجرائم الحدود والقصاص، وإن سبب التفريق بين الشريك المباشر والشريك المتسبب هو شدة العقوبة، وجب أن نقول إن جرائم التعازير لا يفرّق فيها بين عقوبة الشريك المباشر والشريك المتسبب، وهذا هو الذى نرجحه؛ لأن جريمة كل من الشريكين جريمة تعزيرية والعقوبة المقررة عليها عقوبة تعزيرية، والشريعة لا تفرق بين جريمة تعزيرية وأخرى، ولا تحدد لكل جريمة عقوبة بعينها، وتترك للقاضى أن يختار العقوبة المناسبة للجريمة والجرم. كذلك فإن عقوبات التعزير غير مقدرة أى غير ثابتة، ومادامت العقوبة غير ثابتة وتقديرها متروك للقاضى فمن الصعب وضع حدود لعقوبة المباشر والمتسبب، كما أنه لا فائدة عملية ترجى من وراء وضع هذه الحدود .

ويترتب على هذا الرأي أنه يصح أن تزيد عقوبة الشريك المتسبب على عقوبة الشريك المباشر، كما يصح أن تقل عنها أو تساويها؛ لأن عقوبات التعازير ذات حدين في الغالب، وللقاضي حرية تقدير العقوبة من بين الحدين مراعيًا في التقدير ظروف المجرم والجريمة. فإذا رأى القاضي أن ظروف الشريك المباشر تقتضي استعمال الرأفة خفف عنه، وإذا رأى أن ظروف الشريك المتسبب تقتضي استعمال الشدة غلظ عقوبته. ويستطيع القاضي على هذا الأساس أن يرفع عقوبة أحد الشريكين إلى الحد الأعلى، أو أن ينزل بها إلى الحد الأدنى، كما يستطيع أن يسوى بين عقوبة الشريكين إذا رأى أن الظروف تقتضي بالتسوية بينهما .

ما أشرنا إليه من مرونة أحكام التعازير وتوسيع سلطة القضاء في التقدير على النحو الذي وصل إليه فقهاء، مكن بعض الفقهاء من إجازة تعزير من يمتنع عن القيام بما يوجبه خلق المروءة والشعور الإنساني من المبادرة إلى منع الفاعل من إتمام جريمته، وكذلك من يعدل عن تقديم المساعدة في مرحلة التنفيذ قبل إتمام الجريمة وخاصة في الجرائم الخطيرة كالقتل - فإن الموقف السلبي يدل على خطورة الشريك حتى ولو ثبت أنه لم يكن متواطئاً مع الفاعل الأصلي كما هو الحال في الصور التي أشار إليها. كما أننا نشير إلى أن الذي مكن فقهاءنا من هذه الدقة المتناهية، هو ما قدمناه من أن "التعزير" أوسع نطاقاً من العقوبة الجنائية لأنه يصل إلى حد اتخاذ تدابير الوقاية أو التأديب والتهذيب التي لا ترى أنها توصف بأنها عقوبة جنائية .

* * *

لقد سار الفقه على مبدأ التضيق في مجال تطبيق العقوبات البدنية في الحدود والقصاص، وكنا دائماً حريصين على هذه القاعدة في حاشيتنا، لكن عرضه للآراء المختلفة في الفقه وخاصة في جريمة القتل جعلنا نلاحظ أن بعض الفقهاء لم يلتزموا بهذا المبدأ في صور كثيرة من صور الاشتراك في جريمة القتل بالذات، فعُدُّوا بعض أعمال التحريض وبعض صور المساعدة مسوَّغة لمعاقبة الشريك بحسبانه (مباشراً)، أي فاعلاً مع الفاعل الأصلي المنفذ للجريمة - مما يؤدي إلى توقيع عقوبة القصاص عليه - وسوَّغوا ذلك بضرورة الردع والزجر عن ارتكاب هذه الجريمة التي تهدد أعز حقوق الإنسان وأغلاها لديه وهو حقه في الحياة والبقاء . ولذلك فإننا قد أيدنا هذا الاتجاه برغم ما لاحظناه من أنه يتجاوز عن مبدأ عدم التوسع في العقوبات البدنية، وإن كنا نفضل أن يترك الأمر لتقدير القضاء - إذا رأى الاكتفاء بالتعزير .

ومجال التعازير واسع يمكن القضاء من اختيار الجزاء المناسب لظروف الفعل والظروف الشخصية للمتهم .

٢٦٨ - أخذ الشريك بقصده الاحتمالي : ويسأل الشريك المتسبب عن الجريمة التي ارتكبها الشريك المباشر، ولو كانت أشد من الجريمة التي قصدها الشريك المتسبب، ما دامت الجريمة التي وقعت نتيجة محتملة لاشتراكه، وكان من الممكن توقع حصولها نتيجة لتنفيذ الجريمة المقصودة. فمن حرص شخصا على ضرب آخر فضربه ضربة أدت لوفاة، فالشريك المتسبب لا يسأل عن الضرب فقط وإنما يسأل عن القتل شبه العمد؛ لأن القتل كان نتيجة محتملة الوقوع لتنفيذ جريمة الضرب. وإذا ضربه فأحدث به إصابة أدت لبريده أو شللها، فالشريك المتسبب مسئول عن جريمة إبانة الطرف أو إذهاب معناه؛ لأن هذا من النتائج المتوقعة للضرب.

٢٦٩ - أثر ظروف الشريك المباشر على الشريك المتسبب : قد تتأثر عقوبة الشريك المتسبب بالظروف التي تؤثر على عقوبة الشريك المباشر، وقد لا تتأثر بها. وعقوبة الشريك المباشر تتأثر بصفة الفعل، وصفة الفاعل، وقصده كما بينا سابقاً^(١). فأما من جهة الفعل، فإذا ارتكب الشريك المباشر الفعل الذي قصده الشريك المتسبب، فعلى كل منهما عقوبته كلما كان الفعل من جرائم التعزير، أما إن كان الفعل من جرائم الحدود أو القصاص فلكل منهما عقوبته الخاصة للأسباب التي بيانها^(٢). وإذا ارتكب المباشر فعلاً غير الذي قصده الشريك المتسبب، فلا يعاقب الأخير بعقوبة هذا الفعل إلا إذا كان داخلاً في قصده المحتمل. وإذا كانت العقوبة قائمة على صفة الفاعل فشددت أو خففت أو انعدمت لصفته، فإن الشريك المتسبب لا يتأثر بشيء من هذا؛ لأن التشديد والتخفيف وامتناع العقاب راجع لمعنى في الشريك المباشر لا يتوافر في الشريك المتسبب. فإذا كان الشريك المباشر صبياً أو مجنوناً فلا عقاب عليه، وعلى الشريك المتسبب العقاب. وإذا كان الشريك المباشر معتاداً على الإجرام شددت عليه العقوبة دون الشريك المتسبب. وإذا كان الشريك المباشر صغير السن، خففت عليه العقوبة لصغر سنه ولم تخفف عن الشريك المتسبب. وإذا كانت العقوبة قائمة على قصد الفاعل عوقب بها الشريك المتسبب إذا لم يكن قصده مخالفاً لقصد المباشر، ولا يعاقب بها إذا كان قصده الخاص يوجب عليه عقوبة أقل منها. ويراعى دائماً في كل الحالات أن هناك فرقاً بين عقوبة الشريكين في جرائم الحدود والقصاص.

(١) راجع الفقرتين ٢٦٠، ٢٦١.

(٢) راجع الفقرة ٢٦٧.

٢٧٠ - ظروف الشريك الخاصة : إذا كان للشريك المتسبب صفات

خاصة تستدعى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة، فإنها تسرى عليه. فإذا كان عائداً شددت عقوبته، وإذا كان صغير السن خففت عقوبته، وإذا كان معتوهاً أو مجنوناً أعفى من العقوبة. وإذا كان للشريك المتسبب الحق في إثبات الفعل فحرض غيره عليه، كان حرصه على تأديب ولده، أو تلميذه، أو زوجته، فالفعل يُعدّ جريمة بالنسبة للمباشر، ولا يُعدّ بالنسبة للشريك المتسبب؛ لأنه لو باشر الفعل بنفسه لما عُدّ مجرمًا. وإذا زاد فعل المباشر على حد التأديب كانت مسئولية الشريك المتسبب قاصرة على تعدى حد التأديب فقط .

طبقا لملاحظتنا السابقة نجد أنه يشير إلى أن فقهاء وصل إلى عدل الشريك (بالتسبب) مسئولاً عن جميع الآثار التي أدى إليها العمل الذي حرّض عليه أو ساعد فيه، برغم أنه إنما قصد الفعل ولم يقصد تلك النتائج، إلا أنه يتحمل مسئوليتها بحسبانها كانت نتيجة محتملة للفعل الذي حرّض عليه. والمثال الذي أورده خاص بجريمة الضرب المفضى إلى الموت، مما يؤكد العناية الخاصة للحق الإنسان في الحياة والبقاء التي جعلت الأفعال التي تهدد حياة الإنسان تستحق قدراً أكبر من الزجر والردع كما قدمنا.

* * *

ما قلناه في البندين السابقين هو الأساس الذي مكن فقهاءنا من مواجهة جميع الصور المحتملة لوجود ظروف خاصة بأحد الشركاء المباشرين (الفاعلين) أو المتسببين (بالتحريض أو المساعدة) على النحو الذي فصله. وهذا يؤكد مرة أخرى أهمية المبدأ الشرعي الذي جعل للتعزير نطاقاً واسعاً يعطيها مرونة كافية لمواجهة جميع الصور مهما يكن القارق بينها كبيراً، وممكنهم من تنويع الجزاءات على المشتركين .

٢٧١ - بين الشريعة والقانون : وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية في تعريف الاشتراك بالتسبب، وشروط هذا النوع من الاشتراك، ووسائل الاشتراك، ووجوب توافر علاقة السببية بين وسيلة الاشتراك ووقوع الجريمة . وتتفق نظرية الشريعة في عقوبة الشركاء في جرائم الحدود والقصاص مع النظرية التي يأخذ بها القانون البلجيكي اليوم، فهو يجعل عقوبة الشريك المتسبب أقل من عقوبة الشريك المباشر . وتتفق كذلك مع ما أخذ به القانون المصري في القتل العمد . وتتفق نظرية الشريعة في عقوبة الشركاء في جرائم التعازير مع النظرية التي أخذ بها القانون المصري والقانون الفرنسي في معظم الجرائم، حيث يسوى كلاهما بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب . وتتفق نظرية الشريعة في استفادة الشريك المتسبب من ظروفه الخاصة مع ما يأخذ به القانون الإيطالي الذي يقرر هذا المبدأ .

٢٧٢ - العقاب على وسائل الاشتراك إذا لم تقع الجريمة المقصودة : القاعدة العامة في الشريعة أن لعقاب على حديث النفس ووسوسة الصدر وما ينتوي المرء عمله ما لم يعمل به أو يتكلم . وأساس هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " إن الله عفا لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها، ما لم تعمل به أو تكلم " . ويترتب على هذه القاعدة أن الفرد إذا فكر في الجريمة وانتواها وصمم عليها فلا عقاب عليه، ما دام أنه لم يخرج نية إلى حيز التنفيذ، سواء كان التنفيذ بعمل مثل ارتكاب الجريمة، أو بقول كان يأمر غيره بارتكاب الجريمة أو يحرضه على ذلك أو يتفق معه على ارتكاب الجريمة .

والأصل في الشريعة أن الاتفاق على الجريمة والتحريض عليها وإعانة المجرم على جرمته، كل ذلك يُعدُّ بذاته جريمة مستقلة، سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع . وهو يُعدُّ جريمة من وجهين : أولهما : أن الشريعة تحرم الأمر بالمنكر والاتفاق والإعانة عليه، والجرائم هي أشد المنكرات وأكبرها في الشريعة . وثانيهما : أن الاتفاق على الجريمة والتحريض والإعانة عليها تؤدي إلى ارتكاب ما تحرمه الشريعة وهو الجرائم، والقاعدة الأصولية أن ما أدى إلى المحرم فهو محرم .

وعلى هذا يجوز عقاب من اتفق أو حرض أو أعان على جريمة ولو لم تقع هذه الجريمة؛ لأن مجرد الاتفاق والتحريض والإعانة لا يخرج عن كونه جريمة بذاته، فإذا وقعت الجريمة المقصودة عُذَّ المتفق أو المحرض أو المعين شريكاً بالتسبب فيها، وكان عليه عقوبتها طبقاً للقواعد التي بينها فيما سبق .

وينبى على ماسبق أن التحريض العام على الجرائم معاقب عليه في الشريعة، وأن الاتفاق الجنائي على الجرائم معاقب عليه سواء أدى التحريض أو الاتفاق إلى نتائجه المقصودة أو لم يؤد لهذه النتائج .

ومبدأ الشريعة في العقاب على الاتفاق والتحريض والإعانة بحسبها جرائم مستقلة يتفق تمام الاتفاق مع مبدئها في عدم العقاب على النية ما لم يصحبها عمل أو قول؛ فالتفق أو الخرض على الجريمة ينوي إثبات الجريمة ويظهر نيته مصحوبة بقول هو الاتفاق أو التحريض، والمعين على الجريمة يظهر نيته مصحوبة بعمل هو المساعدة، فأصبح كل منهم أهلاً للعقاب على ما وسوست له نفسه يعد أن أظهره في عمله أو قوله .

وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة في أحد المبدأين وتخالفها في الآخر. فتتفق القوانين مع الشريعة في أن لا عقاب على النية مستقلة عن القول أو العمل. ولكن القوانين لا تطبق المبدأ بدقة حيث له مستثنيات، منها تشديد العقاب على الجرائم العمدية المصحوبة بسبق إصرار، وتخفيفه في الجرائم العمدية التي لم يصحبها سبق إصرار، ومعنى هذه التفرقة أن القوانين تعاقب على النية مستقلة عن الفعل . أما الشريعة الإسلامية فتطبق المبدأ بدقة تامة ولا تجعل له مستثنيات . أما المبدأ الثاني فتخالف فيه القوانين الشريعة، حيث تأخذ القوانين عامة بعدم العقاب على الاتفاق أو التحريض أو الإعانة، إلا إذا وقعت الجريمة المقصودة، سواء وقعت تامة أو لم تتم. على أن القوانين الوضعية قد خرجت على هذا المبدأ في كثير من الحالات، وأصبحت اليوم تعاقب على الاتفاقات الجنائية بحسبها جرائم مستقلة، ولو لم تقع الجرائم المقصودة أو يشرع فيها. ومن هذا القبيل مانص عليه قانون العقوبات المصري في المادة ٤٧ منه. وهذا الاتجاه الذي اتجهت إليه القوانين الوضعية، هو أخذ بنظرية الشريعة التي تمتاز بأنها أدق منطقاً وأوفى بتحقيق حاجات الجماعة. فمن وجهة المنطق: إما أن يكون الاتفاق أو التحريض أو العون محرماً لذاته أو غير محرماً. فإن كان محرماً لذاته، فقد وجب العقاب عليه، سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع. وإن كان غير محرماً لذاته، فلا محل للعقاب عليه بعد وقوع الجريمة؛ لأن العقاب عليه عقاب على عمل غير محرم؛ ولأن الجريمة وقعت ممن باشرها وهو مختار مميز فلا يسأل عنها غيره؛ ولأن المتفق أو الخرض أو المعين لم يعمل شيئاً ما، بعد الاتفاق والتحريض والإعانة، وقد غلظناها غير محرمة لذلها .

ومن وجهة تحقيق مصلحة الجماعة، فإن نظرية الشريعة تساعد على حفظ النظام وكبح تيار الإجرام، وليس أدل على ذلك من أن القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة أخيراً على الأقل في الاتفاقات الجنائية .

نص القانون الوضعي في مصر على أن الشريك يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة التي شارك فيها بمثل المبدأ الذي يسير عليها فقهاؤنا في التعازير، مع ملاحظة مدى المرونة في الجزاءات التي تُعدُّ تعزيراً.

وكما أن المشرع الوضعي أشار إلى استثناء الحالات التي ينص فيها على عقوبة للشريك تقل عن عقوبة الجريمة التي شارك فيها - فإن فقهاءنا استثنوا من المبدأ العام (المساواة بين عقوبة الشريك المتسبب وعقوبة الفاعل) جرائم الحدود التزاماً بمبدأ عدم التوسع في العقوبات البدنية.

إلا أننا لاحظنا كثيراً من التردد في هذا الاستثناء الأخير بصدد جرائم القصاص عندما يتعلق الأمر بجريمة القتل، فإن كثيراً من فقهاءنا يرى تطبيق عقوبة القصاص على الشريك في جريمة القتل أو الضرب المفضي إلى الموت بالذات لأن حماية حياة الإنسان توجب قدراً أكبر من الردع والزجر. وقد أشرنا إلى أننا نؤيد هذا الاتجاه في مناسبات سابقة.

وقد لاحظنا أيضاً أن مرونة التعازير كان لها دور كبير في استقرار فقهاءنا بحسبان الاشتراك (والشروع قبله) جريمة تعزيرية متميزة وليست مجرد امتداد للجريمة الأصلية، وأن هذا المبدأ مكنهم من مواجهة كل قدر من التحريض أو المساعدة بما يناسبه من جزاءات تعزيرية تناسب الدور الذي أداه الشريك في الجريمة الأصلية وتناسب أيضاً ما يدل عليه فعله من اتجاه إجرامي يهدد أمن الجماعة واستقرارها، وخاصة فيما يتعلق بحماية حق الإنسان في الحياة لأنه أعز الحقوق الإنسانية .. ولقد نهجنا بحسبان سبق الإصرار ظرفاً مشدداً في جريمة القتل سبق أن اعترضنا عليه.

فهرس (ب)
أركان الجريمة "عوذه"
تعليقات (الصدر)
الحاشية (الشاوى)

الجزء الثانى - من المجلد الأول
الأركان العامة للجريمة

رقم البند	الصفحة
٨٣	٥/ب (150) الحاشية
83	٧/ب (152) الأصل
	١٠/ب (153) الحاشية
	١١/ب (153) الحاشية

الباب الأول

الركن الشرعى للجريمة

٨٤	١٣/ب (154) الحاشية
84	١٤/ب (154) الحاشية

الفصل الأول

النصوص المقررة للجرائم والعقوبات

أى الأحكام الجنائية الشرعية

٨٥	١٥/ب (155) الحاشية
٨٦	١٥/ب (155) الحاشية
86, 85	١٨/ب (156) الحاشية
٨٧	٢٠/ب (156) الحاشية
٨٨	٢٣/ب (156) الحاشية

الأصل العاشية

- 88، 87 - مبدأ لاجرمية ولاعقوبة إلا بنص شرعى ومناخه القرآنية ب/ ٢٤ (157)
- ٨٩ - متى وجدت قاعدة لاجرمية ولاعقوبة إلا بنص ؟ ب/ ٢٥
- ٩٠ - كيف طبقت الشريعة القاعدة ؟ ب/ ٢٥
- 90، 89 - سبق شريعتنا وتدرجها في تطبيق مبدأ الشرعية ب/ ٢٦ (158)

الفرع الأول : لا جرمية ولا عقوبة بلا نص في جرائم الحدود

- ٩١ - أثر القاعدة في جرائم الحدود ب/ ٢٧
- 91 - مبدأ الشرعية في الحدود ب/ ٣٣ (159)
- 160 - الحدود في القرآن شاملة لجميع الأحكام الشرعية ب/ ٣٤ (160)
- بعض الظن تكفى بتطبيق العقوبات الحدية وتكمل الأحكام الشرعية الأخرى ب/ ٣٥ (161)
- ذرء الحدود بالشبهات يعطى للقضاء والاجتهاد سلطة تقدير واسعة ب/ ٣٦ (162)
- كل جريمة حدية هي في الأصل تعزيرية لكن أضيف لها ظرف مشدد ب/ ٣٧ (163)
- تؤيد القول بعدم جوار القتل سياسة ب/ ٣٨ (164)

الفرع الثاني : لاجرمية ولاعقوبة بلا نص في جرائم القصاص والدية

- ٩٢ - أثر القاعدة في جرائم القصاص والدية ب/ ٣٩
- 92 - جرائم القصاص والدية تضر باجتماع لا بالجنح عليه وحده ب/ ٤٤ (165)
- تنازل الجنح عليه عن القصاص لا يمنع التعزير ب/ ٤٥ (166)

الفرع الثالث : لاجرمية ولاعقوبة بلا نص في جرائم التعازير

- ٩٣ - أثر القاعدة في جرائم التعازير ب/ ٤٦
- 93 - حاجتنا إلى تطبيق مبدأ الشرعية بدقة أكبر في "التعازير" بالنقبتين ب/ ٤٧ (167)
- إنشاء مجالس لأهل الاجتهاد يستلزم ضمانات لعدم تدخل السلطات ب/ ٤٨ (168)
- استقلال الفقه والاجتهاد والعلم والقضاء شرط أولى لتطبيق ب/ ٤٩ (169)
- ٩٤ - ماهو التعزير؟ ب/ ٥٠

الصفحة	الأسل	الحاشية
94	- أهمية الركن الشرعى فى التعازير والتوسع فى دراسته ب/ ٥١ (170)	
	- التعازير تفصح الباب أمام أهل الاجتهاد لتطوير الشريعة الجنائى	
	- حسب ظروف الزمان والمكان ب/ ٥٢ (171)	
	- جميع جرائم الحدود والقصاص تستحق التعزير عندما تستبعد الظروف	
	التي استوجبت العقوبة المقررة ب/ ٥٣ (172)	
٩٥	- الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير ب/ ٥٤	
٩٦	- أقسام التعازير ب/ ٥٤	
96, 95	- أولو الأمر فى التعازير ب/ ٥٥ (173)	
	- التعازير فى المعاصى وخارجها والمخالفات - كلها فى إطار النظريات	
	التشريعية ب/ ٥٦ (174)	
	- القسم الأول فى التعزير على المعاصى	
٩٧	- التعزير على المعاصى ب/ ٥٧	
97	- المعاصى ب/ ٥٩ (175)	
٩٨	- أنواع المعاصى ب/ ٦٠	
98	- درجات المعاصى أو أنواعها الثلاثة ب/ ٦٤ (176)	
	- التعازير التى يمكن إضافتها للحد هى التى تدخل ضمن التدابير	
	الوقائية والتهذيبية فقط ب/ ٦٥ (177)	
	- التعزير لمصلحة الجماعة خارج الأعمال التى تستوجب الحد أو	
	القصاص أو الكفارة ب/ ٦٦ (178)	
٩٩	- ما هو السبيل إلى معرفة المعاصى ؟ ب/ ٦٧	
99	- وجوب تقنين التعازير فى نظرنا حالياً ب/ ٦٨ (179)	
١٠٠	- المعاصى التى فيها الكفارة ولا حد فيها ب/ ٦٩	
100	- فى نظرنا أن الأصل فى الكفارات أنما عبادة وتوبة وليست عقوبة	
	جنائية ب/ ٧٣ (180)	
	- التعازير أوسع نطاقاً من العقوبات الجنائية وتشمل تدابير الوقاية	
	والتهذيب ب/ ٧٤ (181)	
١٠١	- المعاصى التى لا حد فيها ولا كفارة ب/ ٧٥	

رقم البند	الصفحة	الأصل	الحاشية
101	-	إذا كانت المعاصي غير محدودة، فإن الجرائم المعاقب عليها جنائيا	
	يجب أن تكون محدودة ومقننة	ب/ ٧٩ (182)	
	- الجزاءات التعبدية والتربوية ليست مقصورة على الجرائم الجنائية،		
	ورصفها بأنها تعازير لايعنى أنها عقوبات جنائية	ب/ ٨٠ (183)	
١٠٢	- ظنون لا أساس لها من الحق	ب/ ٨١	
١٠٣	- نماذج مما كتبه الفقهاء في التعزير	ب/ ٨١	
102, 103	- لا مجال لترك تعين التعازير للقضاء وللحكام المقلدين في عصرنا	ب/ ٨٤ (184)	
	- فقل باب الاجتهاد الفردي فقط، أما الجماعي فإنه مفتوح دائما	ب/ ٨٥ (185)	
	- الآراء الاجتهادية سواء فردية أو جماعية لا تلزم إلا من يقتنع بها	ب/ ٨٦ (186)	
	- أقوال الفقهاء عن ولى الأمر أو الحاكم أو القاضي لا تنطبق في هذا		
	العصر	ب/ ٨٧ (187)	
	- أولياء الأمر والقضاة الذين تطبق عليهم أقوال فقهاءنا كانوا مجتهدين	ب/ ٨٨ (188)	
	- النصوص الشرعية بتحريم أفعال معينة أو العقاب عليها هي أساس		
	النظريات التشريعية التي تستمد منها أحكام التعازير	ب/ ٨٩ (189)	
١٠٤	- كيف لمرضت الشريعة عقوبات التعزير	ب/ ٩٠	
104	- ما قلناه عن تحديد الجرائم يطبق أيضا على تحديد عقوبة كل منها	ب/ ٩٣ (190)	
	- التفتين يحسن أن يميز بين التعازير التي تعد عقوبة جنائية وتلك التي		
	تكون تدابير وقائية	ب/ ٩٤ (191)	
١٠٥	- لاجرمية ولا عقوبة في التعزير بغير نص	ب/ ٩٥	
105	- بيان المعاصي لا يكفي لتحديد التعازير	ب/ ٩٧ (192)	
	- مرولة التعازير واتساعها تكسب فقهاء حيوية وقابلية للتطور	ب/ ٩٨ (193)	
	- اختصاص القضاء بالتعازير بجميع أنواعها ضمان للمحد من طغيان		
	سلطة الدولة	ب/ ٩٩ (194)	
	- القسم الثاني في التعزير للمصلحة العامة		
١٠٦	- في التعزير (الوقائي) للمصلحة العامة	ب/ ١٠٠	
106	- التعازير للمصلحة العامة خارج نطاق المعاصي يقدرها أهل الاجتهاد		
	لتكون في إطار النظريات التشريعية	ب/ ١٠٣ (195)	

رقم البند	الصفحة	الحاشية
		نفضل حساب التعازير خارج نطاق المعاصي ضمن تدابير الوقاية
		لتكون خاضعة لشروطها وأولها اختصاص القضاء وحده بتطبيقها ب/١٠٤ (196)
١٠٧		- سلطة القاضي في التعزير للمصلحة العامة ليست تحكمية ب/١٠٥
107		- عدُّ هذه التدابير (غير العقابية) من اختصاص القضاء ضماناً كبرى ب/١٠٦ (197)
		- أولياء الأمر في التشريع هم أهل الاجتهاد الذين تعترف لهم الأمة
		بهذه الصفة بحرية كاملة ب/١٠٧ (198)
١٠٨		- لاجرمية ولاعقوبة بلا نص في هذا النوع من التعزير ب/١٠٨
١٠٩		- العلة في إجازة التعزير للمصلحة العامة ب/١٠٩
109، 108		- التدابير الخارجة عن نطاق العقوبة تخضع لمبدأ الشرعية ب/١١٠ (199)
		- نصوص القرآن التي قررت مبدأ الشرعية توجب التفتين في عصرنا ب/١١١ (200)
		- القسم الثالث في التعزير على المخالفات
١١٠		- التعزير على المخالفات ب/١١٢
110		- المخالفات تدخل في نطاق "التدابير الوقائية القضائية" ب/١١٤ (201)
		الفرع الرابع : كيف طبقت القوانين الوضعية القاعدة ؟
١١١		- القوانين الوضعية وقاعدة النص على الجريمة والعقوبة ب/١١٥
١١٢		- كيف طبقت القوانين القاعدة ب/١١٥
111، 112		- التعازير سبقت القوانين الوضعية إلى جميع ما استحدثته أخيراً
		- بما في ذلك توسيع سلطة القضاء ب/١١٨ (202)
١١٣		- بين الشريعة والقانون ب/١١٩
113		- في شريعتنا مبادئ مستقبلية لم تصل لها القوانين الوضعية حتى الآن ب/١٢٢ (203)
		- أهلية القضاة ونزاهتهم واستقلالهم شرط لتطبيق مبادئ الشريعة
		التي توسع اختصاصاتهم ب/١٢٣ (204)
		المبحث الثاني في أدلة الأحكام الشرعية أى مصادر التشريع الجنائي
١١٤		- مصادر التشريع الإسلامي بصفة عامة ب/١٢٤
114		- مصادر التشريع كلها أساسها الكتاب والسنة ب/١٢٦ (205)

الصفحة

رقم البند

الأصل الحاشية

- ١١٥ - مصادر التشريع الجنائي الإسلامي ب/١٢٧
 115 - نصوص القرآن والسنة هي الأساس ب/١٢٨ (206)

الفرع الأول : القرآن

- ١١٦ - القرآن ب/١٢٩
 ١١٧ - نصوص القرآن قطعية ب/١٢٩
 ١١٨ - دلالة نصوص القرآن قطعية وظنية ب/١٢٩
 ١١٩ - حجية أحكام القرآن ب/١٢٩
 116-119 - القرآن وحى الهى مباشر قطعى الورود ب/١٣٠ (207)
 ١٢٠ - أحكام القرآن شرعت للعالم والآخر ب/١٣١
 120 - وحدة الشريعة وشتمها للشئون الدنيوية والأخروية ب/١٣٤ (208)
 - الإيمان بالحساب يوم القيامة له دور أكبر من العقوبات الجنائية
 - فى إصلاح الفرد والمجتمع ب/١٣٥ (209)
 - اشتراط إجراءات صحيحة وأدلة معينة سببه أن المحاكمات
 الدلالية ليست نهائية، وأن الأصل هو الجزاء يوم الحساب ب/١٣٦ (210)
 ١٢١ - أحكام الشريعة لا تنتج ب/١٣٧
 ١٢٢ - ميزات الشريعة ب/١٣٩
 121, 122 - أساس خلود الشريعة ثبات أصولها ومرونة الفقه ب/١٤١ (211)
 - النصوص المستوردة من الخارج لا يجوز عدّها تعزيرات ولو كانت
 لا تخالف الشريعة، لأنها لا تستمد من مصادر التشريع الإسلامى ب/١٤٢ (212)

الفرع الثانى : السنة

- ١٢٣ - تعريف السنة ب/١٤٣
 ١٢٤ - مركز السنة من القرآن ب/١٤٤
 ١٢٥ - أنواع السنة بحسب روايتها ب/١٤٥
 ١٢٦ - هل السنن قطعية أو ظنية ب/١٤٥
 ١٢٧ - حجية السنة ب/١٤٦

- 127-128 - صور السعة ومشكلة ثبوت ورودها من أهم أسباب تعدد المذاهب
- 128 - هل تعد كل أقوال الرسول وأفعاله تشريعا ب/ ١٤٩ (213)
- 128 - السنن غير التشريعية ب/ ١٥٢ (214)
- الفرع الثالث : الإجماع
- 129 - تعريف الإجماع ب/ ١٥٣
- 129 - تعريف الإجماع وتنوع تطبيقاته ودور الأمة في اختيار المجتهدين
- ومناقشة اجتهادهم ب/ ١٥٤ (215)
- الإجماع المطلق والنسبي وإجماع الأمة أو الشعوب أو الجماعات
- المفترعة منها ب/ ١٥٥ (216)
- التقنين أو الإصدار يكون إجماعا على الالتزام برأى معين مستمد
- من مصدر سابق، سواء اُقرن باجتهاد معاصر أم لا ب/ ١٥٦ (217)
- 130 - حجية الإجماع ب/ ١٥٧
- 130 - الأصل أن الإجماع مقنن دائما لحكم سابق عليه يعد سندا له
- لكنه يكون منشئا للأحكام إذا تضمن اجتهادا مقترنا به ب/ ١٥٩ (218)
- 131 - الأساس التشريعي للإجماع ب/ ١٦٠
- 131 - دوره في التشريع أنه مصدر مباشر للالتزام برأى معين له مصدر
- سابق أو مقارن له ب/ ١٦٣ (219)
- 132 - الإجماع مصدر القوانين واللوائح والقرارات ب/ ١٦٤
- 133 - مركز القوانين واللوائح والقرارات من التشريع الإسلامي ب/ ١٦٤
- 132، 133 - قرار الشورى بالأغلبية ملزم بحسبانه إجماعا ناقصا ب/ ١٦٥ (220)
- الإجماع تعبير عن إرادة من يمثلون الأمة في الاجتهاد لكي يلتزم به
- سلطات الدولة وتلزم به الكافة ب/ ١٦٦ (221)
- 134 - الشريعة لم تنفرد بجعل الإجماع تشريعا ب/ ١٦٧
- 134 - الإجماع الكامل يشمل الأمة كلها - لكن توجد صور أخرى ب/ ١٦٨ (222)

بحث إضافي

في صور الإجماع وأنواعه

- رأينا في الإجماع المطلق والنسبي : ب/١٦٩ (223)
 - أهم صور الإجماع النسبي إجماع شعب معين من شعوب امتنا على
 الالتزام بمذهب دون غيره ب/١٧٠ (224)
 - الإجماع النسبي في حالة توافق الأغلبية أو الجمهور ب/١٧١ (225)
 - الإجماع يضع حدا لاختلاف المذاهب والآراء ويلزم القضاة بتوحيد
 أحكامهم ب/١٧٢ (226)
 - النظام العام للجماعة هو ما تقرره الأغلبية - والإجماع النسبي
 هو شوري ملزمة ب/١٧٣ (227)
 - الانتماء للجماعة يلزم الجميع بقرار الجمهور أو الأغلبية بحسبانه
 إجماعا يلزم القضاة والأفراد جميعا ب/١٧٤ (228)

الفرع الرابع : القياس

- ١٣٥ - تعريف القياس ب/١٧٥
 ١٣٦ - هل القياس ممكن في جميع الأحكام ؟ ب/١٧٥
 ١٣٧ - القياس في الجرائم والعقوبات ب/١٧٦
 ١٣٨ - القياس في الإجراءات ب/١٧٩
 138-135 - رأينا في ضرورة التوسع فيه ب/١٨١ (229)
 - القياس تعبير عن الاجتهاد في جميع صورته ومجالاته، بل هو أساس
 التنظير في التعازير ب/١٨٢ (230)
 المبحث الثالث : تفسير الأحكام الجنائية (أى النصوص الجنائية)
 ١٣٩ - سلطة القاضي في تفسير النصوص ب/١٨٣
 الفرع الأول في القواعد اللغوية الموضوعية للتفسير
 ١٤٠ - كيف استنبطت هذه القواعد ؟ ب/١٨٣

الأصل العاشية

- 140-139 - تعريف التفسير والتزام كل مكلف به في نطاق التزام الشخص ب/١٨٤ (231)
- ١٤١ - أولا : دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها ب/١٨٥
- 141 - الغاية الشرعية من التفسير وارتباطه بمقاصد الشريعة ونظرياتها العامة ب/١٨٨ (232)
- ١٤٢ - تعارض المفهومات ب/١٨٩
- ١٤٣ - ثانيا : وضوح الدلالات وغموضها ب/١٨٩
- ١٤٤ - أقسام الواضح الدلالة ب/١٩٠
- ١٤٥ - الظاهر ب/١٩٠
- ١٤٦ - النص ب/١٩٠
- ١٤٧ - المفسر ب/١٩١
- ١٤٨ - المحكم ب/١٩١
- ١٤٩ - حكم التعارض ب/١٩١
- 149-142 - درجات الوضوح ب/١٩٢ (233)
- ١٥٠ - أقسام الغامض الدلالة ب/١٩٣
- ١٥١ - الخفي ب/١٩٣
- ١٥٢ - المشكل ب/١٩٤
- ١٥٣ - المجمل ب/١٩٦
- ١٥٤ - المشابه ب/١٩٧
- ١٥٥ - ثالثا : اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها ب/١٩٧
- ١٥٦ - اللفظ المشترك ب/١٩٨
- 156-150 - درجات الغموض واللفظ متعدد المعاني ب/٢٠١ (234)
- ١٥٧ - اللفظ العام ب/٢٠٢
- ١٥٨ - دلالة العام قطعية ب/٢٠٤
- ١٥٩ - ما يترتب على قطعية دلالة العام ب/٢٠٥
- 159-157 - في اللفظ العام الأصل هو الدلالة القطعية ب/٢٠٨ (235)
- ١٦٠ - تخصيص العام ب/٢٠٩
- ١٦١ - الدليل غير المستقل ب/٢٠٩

رقم البند	الصفحة	الأسفل	الحاشية
١٦٢	-	الدليل المستقل	ب/٢٠٩
١٦٣	-	المقصود من التخصيص	ب/٢١٠
١٦٤	-	اللفظ الخاص	ب/٢١٢
١٦٥	-	حكم اللفظ الخاص	ب/٢١٣
165-160	-	أدلة التخصيص	ب/٢١٤ (236)
	-	مقادير الكفارات تخضع للعرف	ب/٢١٥ (237)
١٦٦	-	حالات اللفظ الخاص	ب/٢١٦
١٦٧	-	المطلق والمقيد	ب/٢١٦
١٦٨	-	صيغة الأمر	ب/٢١٧
١٦٨ م	-	صيغة النهي	ب/٢١٧
168-166	-	صيغة التخصيص	ب/٢١٨ (238)
الفرع الثاني في القواعد التشريعية التي تراعى عند التفسير			
١٦٩	-	ماهية القواعد التشريعية	ب/٢١٩
١٧٠	-	مقاصد الشارح العامة من التشريع الإسلامي	ب/٢١٩
١٧١	-	المقصد الأول	ب/٢١٩
١٧٢	-	المقصد الثاني	ب/٢٢٠
١٧٣	-	المقصد الثالث	ب/٢٢٠
١٧٤	-	ترتيب المقاصد العامة من التشريع	ب/٢٢٠
174-169	-	التفسير والاجتهاد والمقاصد العليا والنظريات	ب/٢٢٢ (239)
	-	نطاق الضرورات والحاجيات يختلف حسب ظروف الزمان والمكان	ب/٢٢٣ (240)
١٧٥	-	حقوق الجماعة وحقوق الأفراد	ب/٢٢٤
175	-	حقوق الأفراد هي حق للجماعة دائماً	ب/٢٢٦ (241)
١٧٦	-	الاجتهاد	ب/٢٢٧
176	-	الاجتهاد تفسير مباشر أو غير مباشر	ب/٢٣١ (242)
١٧٧	-	كلمة ختامية عن قواعد التفسير	ب/٢٣٢
177	-	التفسير الضيق مبدأ خاص بالتشريع الجنائي الإسلامي	ب/٢٣٣ (243)

الأصل العاشية

- ١٧٨ - المبدأ الأول : درء الحدود بالشبهات ب/٢٣٤
- ١٧٩ - تعريف الشبهة ب/٢٣٧
- 179,178 - الشبهات التي تدرأ العقوبات ب/٢٤١ (244)
- ب/٢٤٢ (245) - هذا المبدأ يطبق في التعازير في نظرنا
- ١٨٠ - أنواع الشبهة ب/٢٤٣
- ١٨١ - ما يترتب على درء الحدود بالشبهات ب/٢٤٦
- ١٨٢ - هل تطبق قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير؟ .. ب/٢٥١
- 182-180 - الشبهات غير محصورة في أصنافها ولا في آلياتها ب/٢٥٢ (246)
- ب/٢٥٣ (247) - الإقرار تحت الإكراه أو التعذيب باطل لا يثبت به أى فعل ولا ظرف مشدد
- ب/٢٥٤ (248) - الشبهات قد تدرأ التعازير أيضا
- ١٨٣ - المبدأ الثانى تفضيل الخطأ إلى العفو ب/٢٥٥
- ١٨٤ - القانون والشريعة ب/٢٥٦
- 184,183 - التوسع في التبرئة خير من التوسع في العقاب، لأن الجزاء في الآخرة هو الأساس ب/٢٥٧ (249)
- المبحث الرابع فى تعارض الأحكام (أى النصوص) ونسخها
- ١٨٥ - التعارض ب/٢٥٨
- 185 - النظريات والمبادئ العامة ب/٢٦١ (250)
- ب/٢٦٢ (251) - عفو الزوج عن زنا زوجته دليل على توبتها
- ١٨٦ - النسخ ب/٢٦٣
- ١٨٧ - محل النسخ ب/٢٦٥
- 187,186 - النسخ وموضوعه ب/٢٦٦ (252)
- ١٨٨ - متى كان النسخ؟ ب/٢٦٧
- 188 - زمن النسخ ب/٢٦٨ (253)
- ١٨٩ - أى النصوص تنسخ الأخرى؟ ب/٢٦٩
- ١٩٠ - حكم الإجماع والقياس المخالفين للقرآن والسنة ب/٢٧٢
- 190,189 - المبادئ والنصوص ب/٢٧٣ (254)

- المبحث الخامس في علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين
- ١٩١ - حكم القوانين واللوائح المخالفة للقرآن والسنة ب/٢٧٤
- ١٩٢ - نظرية البطالان في الشريعة ب/٢٧٤
- 192، 191 - المشكلة العصرية ب/٢٧٧ (255)
- النص في الدستور الوضعي على أن الدولة دينها الإسلام معناه
أن الشريعة هي دستورنا والقوانين المخالفة لها تكون باطلة لأنها
- غير دستورية ب/٢٧٨ (256)
- شرعية السلطة التي تصدر القانون الوضعي ب/٢٧٩ (257)
- ١٩٣ - الأدلة على بطلان التشريعات الرضعية المخالفة للشريعة ب/٢٨٠
- 193 - عدم دستورية القوانين المخالفة للشريعة ب/٢٩١ (258)
- ولي الأمر التنفيذي لا يملك سلطة التشريع سواء كانت ولايته
شرعية أو غير شرعية ب/٢٩٢ (259)
- ١٩٤ - مدى بطلان ما يخالف الشريعة ب/٢٩٣
- ١٩٥ - ما يترتب على بطلان النصوص المخالفة للشريعة ب/٢٩٥
- 195، 194 - لا تنفق مع النتائج التي توصل إليها ب/٢٩٨ (260)
- لا نوافق على قوله إن القاضي يلتزم بعدم تطبيق الشريع الجنائي
الوضعي ب/٢٩٩ (261)
- المسئولون في الدولة هم الذين عطّلوا الحدود وليس القاضي الذي
خصصه للحكم في التعازير وحدها ب/٣٠٠ (262)
- الضرورة الناتجة عن سيطرة القوى الأجنبية يمتنع بها بعض أولياء
الأمر في دولنا الصغيرة ب/٣٠١ (263)
- كثير من الفقهاء قبلوا ولاية القضاء من سلاطين وأمراء مشكوك
في صحة ولايتهم، وعُدُّوا أن ذلك أخف الضررين ب/٣٠٢ (264)
- السلطة الواقعية للاحتلال الأجنبي هي ضرورة تحيز للقاضي المسلم
تولى القضاء لتطبيق شريعتنا لأنها شريعة الأمة وليست شريعة الدولة ب/٣٠٣ (265)
- السلطات الرضعية العلمانية حكمها مثل سلطات الاحتلال الأجنبي ب/٣٠٤ (266)

- ١٩٦ - مدى التغيرات التي سترتب على الأخذ بنظرية البطلان ب/٣٠٥
- ١٩٧ - أولا : في جرائم والحدود ب/٣٠٥
- 196، 197 - رأينا في دعوتنا للتكامل بين الفقه والقوانين الجنائية الوضعية وفي
- العصمة والإهدار ب/٣٠٧ (267)
- ١٩٨ - ثانيا : في جرائم القصاص والدية ب/٣٠٨
- ١٩٩ - ثالثا : في جرائم التعزير ب/٣١٣
- 198، 199 - لا نوافق على القول بقصر الظروف المخففة على التعازير ب/٣١٧ (268)
- لا نوافق على قوله إن التشريع الجنائي الوضعي يمكن غده تعزيرات ب/٣١٨ (269)
- التعازير الشرعية تستبطن من المصادر الشرعية ولا تستورد من الخارج ب/٣١٩ (270)
- ٢٠٠ - مدى حقوق أولى الأمر في التحريم والعقاب ب/٣٢٠
- ٢٠١ - الحق الأول : حق التحريم والإيجاب والعقاب ب/٣٢١
- ٢٠٢ - الحق الثاني : حق تخصيص القضاء ب/٣٢١
- ٢٠٣ - الحق الثالث : حق العفو ب/٣٢٤
- 200-203 - لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص هو مبدأ شرعي أصيل يجب الالتزام به ب/٣٣٠ (271)
- مجلس القضاء الأعلى هو الذي يقوم بتخصيص القضاء، ويمارس
- اختصاصات قاضي القضاة، ويعد جزءا من أهل الاجتهاد ب/٣٣١ (272)
- خلاصة رأينا في استقلال التشريع والقضاء ب/٣٣٢ (273)
- نقترح وجود مجلس لأهل الاجتهاد الذين تختارهم الأمة لهذه المهمة ب/٣٣٣ (274)
- فصل ولاية التقنين والاجتهاد عن سلطة الدولة ب/٣٣٤ (275)
- لا بد من مراعاة النظريات المتعددة والمتداخلة والتيق بينها ب/٣٣٥ (276)
- مرحلة المؤسسات في الفقه والقضاء ب/٣٣٦ (277)
- مرحلة المؤسسات في فقهاء السياسى ب/٣٣٧ (278)
- أهل الحل والعقد يمثلون الأمة في الإشراف على الدولة، وأهل
- الاجتهاد يمثلونها في التشريع، وكلاهما مؤسسة لا فرد ب/٣٣٨ (279)

الفصل الثاني

في سريان النصوص الجنائية على الزمان

- ٢٠٤ - قاعدة أصولية ب/٣٣٩
- 204 - وقت سريان القوانين الجنائية ب/٣٤٠ (280)
- ٢٠٥ - القاعدة العامة ((لا رجعية في التشريع الجنائي)) ب/٣٤١
- 205 - القاعدة العامة ب/٣٤٥ (281)
- ٢٠٦ - الاستثناء الأول : جواز الرجعية في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام والنظام العام ب/٣٤٦
- 206 - لا نوافق على رجعية أحكام التشريع الجنائي بحجة خطورة الجريمة ب/٣٥٠ (282)
- أحكام الظهار تدابير تعبدية وليست في نظرنا عقوبات جنائية ب/٣٥١ (283)
- ٢٠٧ - الاستثناء الثاني : وجوب الرجعية إذا كان التشريع أصحح للجاني ب/٣٥٢
- ٢٠٨ - الشريعة والقانون ب/٣٥٤
- 207، 208 - التطبيق الفوري للقانون الأصح للمتهم ب/٣٥٦ (284)

الفصل الثالث

في سريان النصوص الجنائية على المكان

- ٢٠٩ - هل الشريعة عالمية أم إقليمية ؟ ب/٣٥٧
- ٢١٠ - تقسيم العالم ب/٣٥٧
- 210، 209 - سيادة الشريعة في البلاد التي تلزم بها - والعالم كله أصبح دار عهد في عصرنا ب/٣٥٨ (285)
- ٢١١ - دار الإسلام ب/٣٥٩
- 211 - دار الإسلام: هل تشمل بلاد المسلمين التي لا تطبق فيها الشريعة، أم تقتصر على التي تلزم بها ؟ ب/٣٦٢ (286)
- ٢١٢ - دار الحرب ب/٣٦٣
- 212 - دار الحرب ودار العهد ودار السلم وحقوق الإنسان ب/٣٦٥ (287)
- العصمة حق إنساني لكل بني آدم - ولا يجوز إهدارها إلا بحكم القضاء أو دفاعا عن النفس في حالة الحرب ب/٣٦٦ (288)

الصفحة

رقم البند

الأصل العاشية

- ٢١٣ - مدى إقليمية الشريعة ب/٣٦٧
- 213 - مبدأ الإقليمية ب/٣٦٨ (289)
- ٢١٤ - النظرية الأولى ب/٣٦٩
- 214 - ولاية الشريعة وولاية الدولة ب/٣٧٧ (290)
- الإهدار لا يعطى للأفراد حقا في الاعتداء على غيرهم لأن القضاء وحده هو الذي له الحكم بالإهدار بعد محاكمة شرعية عادلة وتربية (291) ب/٣٧٨
- العقاب على جميع الجرائم من حقوق الله وحق الجماعة ب/٣٧٩ (292)
- ٢١٥ - النظرية الثانية ب/٣٨٠
- 215 - عدم تطبيق عقوبة القصاص ليس أساسه عدم العصمة بل سببه وجود شبهة ب/٣٨٢ (293)
- ٢١٦ - النظرية الثالثة ب/٣٨٣
- 216 - التمييز بين اختصاص القضاء وولاية الشريعة ب/٣٨٦ (294)
- ٢١٧ - بين الشريعة والقانون ب/٣٨٧
- ٢١٨ - كيف يمكن تطبيق النظريات الإسلامية مع تعدد دول الإسلام ب/٣٨٨
- 217، 218 - تطبيق الأحكام الشرعية على الأفراد وعلى المسئولين في الدول كذلك ب/٣٩٢ (295)
- السلطة التي لا تلتزم بأحكام الشريعة يجب تصحيحها بدلا من قيام الأفراد بتنفيذ الحدود على غيرهم ب/٣٩٣ (296)
- أول مبادئ شريعتنا التي ندعو لتطبيقها هو أن المسلمين جميعا أمة واحدة ويجوز لكل فرد من أفرادها التنقل بين جميع الدول الإسلامية ب/٣٩٤ (297)
- ٢١٩ - نتيجة تطبيق النظريات الإسلامية ب/٣٩٥
- ٢٢٠ - ما يدخل في دار الإسلام ب/٣٩٥
- ٢٢١ - الشريعة والقانون ب/٣٩٦
- 219-221 - محاولة التقريب بين الشريعة والقوانين الرضعية مع الالتزام بمصادر شريعتنا ب/٣٩٧ (298)
- يجب إلزام السلطة في بلاد الإسلام وغيرها باحترام حقوق الإنسان التي تجمعها شريعتنا ب/٣٩٨ (299)

رقم البند	الصفحة
	الأصل الحاشية
٢٢٢	- تسليم المجرمين وإعادتهم ب/٣٩٩
٢٢٣	- أولاً: تسليم المجرمين ب/٣٩٩
٢٢٤	- التسليم لدولة إسلامية ب/٤٠٠
٢٢٥	- التسليم لدولة غير إسلامية ب/٤٠٠
225-222	- المقصود بالدولة الإسلامية التي يجوز تسليم المجرمين لها ب/٤٠٣ (300)
	- لا يجوز تسليم المسلم إلى بلد لا يلتزم بالشريعة ولا يحترم حقوق الإنسان ب/٤٠٤ (301)
٢٢٦	- تسليم الأرقاء ب/٤٠٥
٢٢٧	- تسليم المجرمين السياسيين والعسكريين ب/٤٠٥
227, 226	- الرق الجديد هو استغلال السلطة لظلم الأفراد ب/٤٠٦ (302)
	- استعلاء من يستولون على السلطة ويحتكرونها - عدوان على حقوق الأفراد والشعوب لا تقره الشريعة بل حرمة ب/٤٠٧ (303)
٢٢٨	- هل يمكن معاقبة المجرمين الذين أسلموا ولجأوا إلى دار الإسلام؟ ب/٤٠٨
228	- عدم تسليم اللاجئين لحكام الجور مسلمين أو غير مسلمين ب/٤٠٩ (304)
٢٢٩	- ثانياً: إبعاد المجرمين ب/٤١٠
229	- الإسلام يقرر حق المسلمين في دخول جميع بلاد الإسلام والإقامة فيها وعدم إبعادهم ب/٤١٢ (305)
	- المسلمون أمة واحدة مهما تعددت الدول المسيطرة عليهم ب/٤١٣ (306)
٢٣٠	- إبعاد المجرمين ب/٤١٤
٢٣١	- الشريعة والقوانين ب/٤١٥
٢٣٢	- الجنسية في الشريعة ب/٤١٥
232-230	- اللاميون مواطنون لا يجوز إبعادهم، والأجانب المعاهدون يطبق عليهم مبدأ المعاملة بالمثل، والجنسية علاقة سياسية ب/٤١٨ (307)
	- الجنسية علاقة سياسية، لكن الدين علاقة تكافل وأخوة تربط كل مسلم بالأمة الإسلامية الكبرى ب/٤١٩ (308)

الفصل الرابع

فى سريان النصوص الجنائية على الأشخاص

٢٣٣	- قهيد تاريخى	ب/٤٢١
٢٣٤	- أمثلة على عدم المساواة فى القوانين الوضعية	ب/٤٢٢
٢٣٥	- بين القانون والشريعة	ب/٤٢٥
٢٣٦	- نظرية المساواة فى الشريعة	ب/٤٢٥
٢٣٧	- المساواة بين رؤساء الدول والرعايا	ب/٤٢٦
٢٣٨	- رؤساء الدول الأجنبية	ب/٤٣١
٢٣٩	- رجال السلك السياسى	ب/٤٣١
233-239	- نظرية مبدأ المساواة بين جميع البشر	ب/٤٣٣ (309)
	- مبدأ المعاملة بالمثل فى العلاقات الدولية يجب احترامه	ب/٤٣٤ (310)
٢٤٠	- أعضاء الهيئة التشريعية	ب/٤٣٥
240	- عقاب القاذف دون تمكينه من إثبات صدقه معناه إلزامه بالالتجاء للقضاء قبل أن يشيع اتهامه فى المجتمع ويشهر بغيره قبل أن يحكم	
	القضاء فى هذا الاقام	ب/٤٣٨ (311)
	- قذف غير المحصنات يستوجب التعزير	ب/٤٣٩ (312)
	- إعفاء أعضاء المجالس النيابية يحتاج إلى تقييده بشروط كثيرة	ب/٤٤٠ (313)
٢٤١	- الأغنياء والفقراء	ب/٤٤١
241	- الكفالة المالية لا تخل بمبدأ المساواة ، وإنما يكون الإخلال به فى تقديرها	ب/٤٤٢ (314)
٢٤٢	- الظاهرون فى الجماعة	ب/٤٤٣
٢٤٣	- المسلمون والذميون	ب/٤٤٤
242، 243	- المساواة أصل شرعى لعز به . ومراعاة الظروف الشخصية عند الحكم بالتعريض عن الضرر لا يخل بها	ب/٤٤٦ (315)
٢٤٤	- ميزة للشريعة	ب/٤٤٧
244	- شرعية النظم السياسية بقدر التزامها بأحكام الإسلام	ب/٤٥١ (316)

- أحكام شريعتنا لصالح الأمة والمجتمع والأفراد لا لصالح المسيطرين
(317) ٤٥٢/ب من أحكام الجور
(318) ٤٥٣/ب جميع الأحكام الشرعية لها طابع ديني واجتماعي في نفس الوقت
(319) ٤٥٤/ب دور رئيس الدولة أنه رمز لجميع السلطات التي يجب الفصل بينها
٢٤٥ - هل تفرق الشريعة في العقوبة بين المسلم وغير المسلم ؟ ٤٥٥/ب
٢٤٦ - مبدأ الشريعة في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص ٤٥٧/ب
246.245 - المساواة في الحقوق الإنسانية مبدأ أساسى ٤٥٨/ب (320)

بحثاً إضافي

للدكتور / توفيق الشاوى

الأصول الشرعية تلى المصادر في الأهمية ودورها في تجديد الفقه عموماً

والفقه الجنائي خاصة وأساسها عالمية الرسالة الخامسة وشمولها

- (1) الأصول الشرعية ٤٦٠/ب (322)
(2) جميع الأحكام الفرعية ملتزمة بالأصول الشرعية بما فيها أصول الفقه التي هي جزء منها ٤٦١/ب (323)
(3) عبد القادر عوده سماها "نظريات شرعية" ٤٦٣/ب (325)
(4) التدرج يبدأ بالعقائد أولاً، ثم الأصول، ثم القروع ٤٦٤/ب (326)
(5) تشريعنا علم وفقه، وليس قانوناً ٤٦٥/ب (327)
(6) تشريعنا الجنائي محوره الحساب والجزاء والعدل والكمال في الآخرة ٤٦٦/ب (328)
(7) وحدة الدين السماوى وختم الرسالة من أهم عقائدنا وأصول شريعتنا ٤٦٧/ب (329)
(8) أولى خصائص الرسالة الخاتمة أنها عالمية وشاملة لأموال الدنيا والآخرة ٤٧٠/ب (332)
(9) أهمية ختم الرسالة عند الشاعر إقبال ٤٧١/ب (333)
(10) ختم الرسالة معناه أن الإنسانية أعدت لتبلغ رشدها ٤٧٢/ب (334)
(11) فصل الدين عن الدولة تحريف في عقيدتنا، وليس مجرد موقف سياسى .. ٤٧٤/ب (336)
(12) تشريعنا الجنائي هدفه التوبة لا العقوبات ٤٧٥/ب (337)
(13) تشريع التوبة أغنانا عن الجدل حول الجبر وحرية الاختيار ٤٧٩/ب (341)
(14) احتفالنا بختم الرسالة ٤٨٢/ب (344)

الباب الثاني

الركن المادى للجريمة

- ٢٤٧ - منهاج البحث ب/٤٨٧
- 247 - موضوعان في هذا الباب: الشروع والاشتراك ب/٤٨٨ (348)
- فقهاؤنا اقتصروا في بحث الشروع والاشتراك على جرائم الحدود والقصاص ب/٤٨٩ (349)

الفصل الأول

الشروع في الجريمة

- ٢٤٨ - القهقاء والشروع في الجريمة ب/٤٩١
- 248 - لا تطبق العقوبات المقررة حدا أو قصاصا على الشروع ب/٤٩٤ (350)
- نستبعد استعمال اصطلاح السلطة التشريعية ب/٤٩٥ (351)
- أحكام الشريعة ملزمة بلانما دون حاجة لدخل سلطة الدولة إلا لتنفيذها ب/٤٩٦ (352)
- ٢٤٩ - المراحل التي تمر بها الجريمة وأبها بعد معصية ب/٤٩٧
- ٢٥٠ - الشريعة والقانون ب/٤٩٩
- ٢٥١ - العقاب على الشروع ب/٤٩٩
- 251-249 - لا عقاب على الأعمال التحضيرية ب/٥٠١ (353)
- الشروع في الجرائم الخطيرة يعاقب عليه يعقوبة تعزيرية ب/٥٠٢ (354)
- ٢٥٢ - أثر عدول الجاني عن الفعل ب/٥٠٣
- ٢٥٣ - العدول للتوبة ب/٥٠٤
- ٢٥٤ - الشروع في الجريمة المستحيلة ب/٥٠٧
- 254-252 - شريعتنا تشجع على التوبة وتعملها سببا لاستبعاد العقوبة أو تخفيفها ب/٥٠٨ (355)
- أحكام عديدة هدفها تشجيع التوبة ب/٥٠٩ (356)

الفصل الثاني الاشتراك في الجريمة

٢٥٥	- صور الاشتراك	ب/٥١١
255	- نوعان من المشاركة	ب/٥١٢ (357)
٢٥٦	- اهتمام وإعمال	ب/٥١٣
256	- الشريك المباشر والشريك بالتسبب	ب/٥١٥ (358)
٢٥٧	- شروط الاشتراك العامة	ب/٥١٦

المبحث الأول في الاشتراك المباشر

٢٥٨	- اشتراك المباشرين	ب/٥١٧
257، 258	- شرط العقاب على الفعل الأصلي وعقوبة الشريك المباشر	ب/٥٢٠ (359)
٢٥٩	- عقوبة المباشرين	ب/٥٢١
٢٦٠	- أثر ظروف المباشر على العقوبة	ب/٥٢١
٢٦١	- هل تنأثر عقوبة الشريك بظروف شريكه ؟	ب/٥٢١
259-261	- تعدد المباشرين وأثر الاعتبارات الشخصية	ب/٥٢٣ (360)

المبحث الثاني في الاشتراك بالتسبب

٢٦٢	- الشركاء المتسببون	ب/٥٢٤
٢٦٣	- شروط الاشتراك بالتسبب	ب/٥٢٤
٢٦٤	- علاقة السببية بين الاشتراك والجريمة	ب/٥٢٨
262-264	- شروط العقاب على الاشتراك (بالتسبب)	ب/٥٢٩ (361)
	- فقهما يعلّم الاشتراك معصية في ذاتها	ب/٥٣٠ (362)
٢٦٥	- هل يكون الاشتراك بعمل سلبى؟	ب/٥٣١
٢٦٦	- عدول الشريك وأثره	ب/٥٣١
٢٦٧	- عقوبة الشريك المتسبب	ب/٥٣٢
265-267	- المساعدة بالامتناع - والعدول ومرولة العقوبات وتنوعها	ب/٥٣٤ (363)
٢٦٨	- أخفى الشريك بقصده الاحتمالى	ب/٥٣٥
٢٦٩	- أثر ظروف الشريك المباشر على الشريك المتسبب	ب/٥٣٥

الأصل الحاشية

- ٢٧٠ - ظروف الشريك الخاصة ب/٥٣٦
- 270-268 - مسئولية التسبب في الجريمة عن آثارها الاحتمالية ومرونة التعازير
واتساعها أدبيا إلى إمكان تنوع العقوبة على الاشتراك ب/٥٣٧ (364)
- ٢٧١ - بين الشريعة والقانون ب/٥٣٨
- ٢٧٢ - العقاب على وسائل الاشتراك إذا لم تقع الجريمة المقصودة ب/٥٣٨
- 272، 271 - مبدأ من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها مقصور على التعازير ب/٥٤٠ (365)
- ب/٥٤١ (366) - الفهرس



رقم الإيداع : ١٩٣٤١ / ٢٠٠٠

الترقيم الدولي : 6 - 0681 - 09 - 977 - I.S.B.N.

مطابع الشروق

القاهرة : ٨ شارع أسبويه المصري - ت : ٢٣٣٩٩٠ - فاكس : ١٣٧٥٦٧ (٠٢)
بيروت : ص.ب : ٨٠٦٤ - هاتف : ٣١٥٨٥٩ - ٨١٧٢١٣ - فاكس : ٨١٧٧٦٥ (٠١)

الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي

● هذه هي الطبعة الثانية منقحة وموسعة من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي المجلد الأول للقاضي الفقيه عبد القادر عوده الذي خصصه للقسم العام في الفقه الجنائي الإسلامي، وهو أول فقيه يتصدى لإعداد هذه الدراسة في فقها؛ حيث إن أسلافنا لم يقدموا لنا أى دراسة خاصة للقسم العام لأنهم كانوا يحرصون على دراسة كل جريمة على حدة من حيث إجراءاتها وأحكامها وعقوباتها. وتبين لنا أن هناك تطورات فكرية وعلمية وضرورات اجتماعية وسياسية ودراسات فقهية وقانونية خلال الخمسين عاما التي مضت منذ صدور كتاب القاضي عوده تستلزم إضافات ودراسات جديدة تحوله إلى موسوعة عصرية في الفقه الجنائي.

● وهأنذا أقدم القسم العام أملا أن يشارك أكبر عدد من زملائي من الأساتذة والباحثين المتخصصين في دراسة جرائم القسم الخاص العديدة التي تتزايد كل يوم؛ لأن أهمية الموسوعة لا ترجع لعدد أجزائها وصفحاتها وإنما تقاس بعدد الأساتذة المشاركين فيها وما يقدمونه من أبحاث ودراسات مستحدثة لمواجهة مشكلات العصر؛ لأن شريعتنا هي شريعة علم وفقه واجتهاد، وأحكامها هي ثمرة جهود متكاملة من أجيال متوالية من الأئمة والفقهاء والعلماء والباحثين وليست مجرد تقنيات تفرضها الدول.

د. توفيق محمد الشاوي